



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

**“MEDIDAS CAUTELARES Y RESOLUCIONES
JUDICIALES”**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL
DE ABOGADO**

ELABORADO POR: JOSÉ DONALD GUTIÉRREZ VEGA

ASESOR : MG. JUAN CARLOS HORNA TONG

Lima – Perú

2016



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

CARRERA PROFESIONAL DE DERECHO

ACTA DEL TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

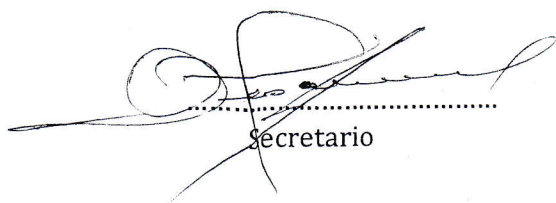
En la ciudad de Huánuco, siendo las 9:30 am horas del día Veintidós del mes de Septiembre, en cumplimiento de lo señalado en el Reglamento de Grados y Títulos de la Universidad de Huánuco, se reunieron: El Secretario Académico de la Facultad: Derecho y Ciencias Políticas y el Jurado Calificador nombrados mediante Resolución N° 039-2017-D-TSP-UDH integrado por los docentes:

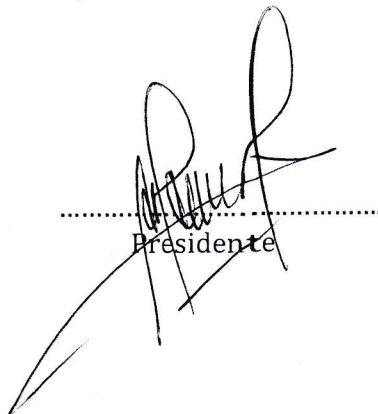
Mg. Fernando Cocano Borroto presidente
Abg. Hugo Peralta Baca Secretario
Abg. Hugo Vidal Romero Vocal, para
calificar el **Trabajo de Suficiencia Profesional** solicitado por el Bachiller José Donald Gutiérrez Vega para optar el Título Profesional de Abogado

Dicho acto de sustentación se desarrolló en dos etapas: exposición y absolución de preguntas, procediéndose luego a la evaluación por parte de los miembros del Jurado.

Habiendo absuelto las objeciones que le fueron formuladas por los miembros del Jurado y de conformidad con las respectivas disposiciones reglamentarias, procedieron a deliberar y calificar, declarándolo (a) aprobado por unanimidad con el calificativo cuantitativo de regular y cualitativo de Tres (3)

Siendo las 10:30 am horas del día Veintidós del mes Septiembre del año 2017, los miembros del Jurado Calificador firman la presente Acta en señal de conformidad.


Secretario


Presidente


Vocal

RESOLUCIÓN N° 039-2017-D-TSP-UDH
Huánuco, 20 de setiembre de 2017.

Visto, la solicitud con Registro N° 367-2017-FD formulado por JOSE DONALD GUTIERREZ VEGA solicita la Resolución de Sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título Profesional de ABOGADO por dicha modalidad.

CONSIDERANDO:

Que, respecto a las modalidades que ofrece para optar el Título Profesional en la Universidad de Huánuco y estando a lo dispuesto en el Art. 14° numeral 1 del Reglamento General de Grados y Títulos de la UDH (Resolución N° 466-2016-R-CU-UDH del 23 MAY 2016); y habiendo concluido en Plan de Estudios, la petición es atendible favorablemente; en vías de regularización reconociendo la designación a los tres (03) miembros del jurado examinador.

Que, como es de verse en autos, el recurrente cumple con todos los requisitos preestablecidos;

Que, en consecuencia fijase fecha, hora y lugar del desarrollo de la sustentación de Trabajo de Suficiencia Profesional solicitado por el Bachiller JOSE DONALD GUTIERREZ VEGA;

Estando a las atribuciones conferidas al Decano en el Art. 68° de la Ley Universitaria N° 30220, Art. 47°c) del Estatuto Universitario y Resolución N° 571-2013-R-UDH del 25 JUL 2013.

SE RESUELVE:

Artículo Primero. - **DESIGNAR** como integrantes del jurado examinador del Bachiller **JOSE DONALD GUTIERREZ VEGA** a los docentes siguientes:

Mg. Fernando Corcino Barrueta	: Presidente
Abg. Hugo Peralta Baca	: Secretario
Abg. Hugo Vidal Romero	: Vocal

Artículo Primero. - Señálese fecha de sustentación el día veinticinco de setiembre de 2017 a horas 9.30 am en el Auditorio de la UDH.

Regístrese, comuníquese y archívese



UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO

Alfonso Zavallos Acosta Dr. D.
DECANO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

UNIVERSIDAD DE HUÁNUCO
Facultad Derecho y Ciencias Políticas
Eli Carballo Alvarado
Mg. Eli Carballo Alvarado
JEFE DE DEPARTAMENTO ACADÉMICO

DISTRIBUCION: Vicerrector, Fac. Derecho, Programa de Derecho, Consejo de Facultad, Archivo

DEDICATORIA

A mi Papá **FRANCISCO**, por su sabiduría y decencia. A mi Mamá **IRMA CELESTE** por su bondad por motivarme y darme la mano cuando sentía que el camino se terminaba, a ustedes por siempre mi corazón y mi agradecimiento. A mis hermanos, **Leonardo, Paola, y María del Pilar**, por sus consejos. A mi esposa **Luisa Teresa** por su amor, paciencia y comprensión, gracias por estar siempre a mi lado. A mi hijo **Cristhian, José Donald, Alexander Sebastián, Diego Jesús** por alegrarme la vida y ser el motor que me empuja a seguir adelante.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	007
RESUMEN.....	009
METODOLOGÍA.....	009
CAPÍTULO I: ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA	
1.1. Nombre o Razón Social.....	013
1.2. Rubro.....	013
1.3. Ubicación.....	013
1.4. Reseña.....	013
CAPÍTULO II: ASPECTOS DEL ÁREA O SECCIÓN	
2. Aspectos del Área o Sección.....	015
CAPÍTULO III: IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA	
3. Identificación de la Situación Problemática.....	017
3.1. Planteamiento del Problema.....	017
3.2. Formulación del Problema.....	018
3.3. Problemas secundarios.....	018
3.4. Objetivos.....	019
3.5. Justificación e importancia.....	019
3.6. Delimitación.....	020
3.7. Limitaciones de la investigación.....	020
3.8. Hipótesis principal.....	021
3.9. Hipótesis secundarias.....	021
3.10. Estrategias Metodológicas.....	022
3.11. Fuentes de información.....	023
CAPÍTULO IV: APORTES DE LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA	
4. Aportes para la solución del problema.....	025
4.1. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.....	025

4.1.1. Concepto.....	027
4.1.2. Contenido de la Tutela Jurisdiccional Efectiva.....	028
4.2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.....	032
4.2.1. Antecedentes.....	032
4.2.2. Concepto.....	034
4.2.3. Ámbito de aplicación.....	035
4.2.4. Debido Proceso Constitucional y Debido Proceso Legal.....	036
4.2.5. Debido Proceso Sustantivo y Debido Proceso Adjetivo.....	037
4.2.6. Relación entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.....	038
4.2.7. Contenido del debido proceso.....	040
4.3. LA TUTELA CAUTELAR.....	051
4.3.1. Concepto.....	051
4.3.2. Constitucionalidad de la tutela cautelar.....	052
4.3.3. Finalidad.....	054
4.4. LA MEDIDA CAUTELAR	
4.4.1. NATURALEZA ONTOLÓGICA.....	056
4.4. 2. CONCEPTO.....	057
4.4. 3. PRESUPUESTOS.....	059
4.4.3.1. El fumus bonis iuris (verosimilitud del derecho invocado).....	063
4.4. 3.2. El periculum in mora (peligro en la demora).....	066
4.4. 3.3. La razonabilidad de la medida.....	071
4.4.4. CARACTERÍSTICAS.....	074
4.4.4.1. Importan un prejuzgamiento.....	074
4.4.4.2. Provisionalidad.....	075
4.4.4.3. Instrumentalidad.....	075
4.4.4.4. Variabilidad.....	077
4.4.5. PROCESO CAUTELAR.....	078
4.4.5.1. Autonomía del proceso.....	078

4.4.5.2. Competencia y oportunidad.....	078
4.4.5.3. Medida cautelar fuera de proceso.....	079
4.4.5.4. Requisitos de la solicitud.....	079
4.4.5.5. Contenido de la decisión cautelar.....	081
4.4.5.6. Caso especial de procedencia.....	081
4.4.5.7. Casos especiales de improcedencia.....	083
4.4.5.8. Variación de la medida cautelar.....	083
4.4.5.9. Sustitución de la medida.....	084
4.4.5.10. Concurrencia de medidas cautelares.....	084
4.4.5.11. Medida cautelar genérica.....	084
4.4.5.12. Medida anticipada.....	085
4.4.5.13. Medida innecesaria.....	086
4.4.5.14. Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.....	086
4.4.5.15. Deterioro o pérdida de bien afecto a medida cautelar.....	087
4.4.5.16. Afectación de bien de tercero.....	087
4.4.5.17. Responsabilidad por afectación de bien de tercero.....	088
4.4.5.18. Cancelación de la medida cautelar.....	088
4.4.5.19. Trámite de la medida.....	089
4.4.5.20. Ejecución por terceros y auxilio policial.....	089
4.4.5.21. Ejecución de la medida.....	089
4.5. LA CONTRACAUTELA	
4.5.1. CONCEPTO.....	091
4.5.2. FINALIDAD.....	091
4.5.3. NATURALEZA.....	093
4.5.4. POTESTAD JURISDICCIONAL.....	097
4.5.5. EXCEPCIONES.....	098
4.5.6. CLASES.....	099
4.6. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS	

4.6.1. MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA.....	104
4.6.1.1. EL EMBARGO.....	104
Concepto.....	104
Bienes inembargables.....	108
Clasificación.....	117
4.6.1.1.1. Embargo en forma de depósito de bienes muebles.....	117
4.6.1.1.2. Embargo en forma de depósito de inmueble sin inscripción registral....	120
4.6.1.1.3. Embargo en forma de inscripción de bienes registrados.....	124
4.6.1.1.4. Embargo en forma de retención.....	126
4.6.1.1.5. Embargo en forma de intervención en recaudación.....	130
4.6.1.1.6. Embargo en forma de intervención en información.....	134
4.6.1.1.7. Embargo en forma de administración.....	136
4.6.1.2. EL SECUESTRO.....	137
Concepto.....	137
Clases de Secuestro.....	138
4.6.1.2.1. Secuestro Judicial.....	139
4.6.1.2.2. Secuestro Conservativo.....	141
4.6.1.2.3. Secuestro conservativo sobre bienes informáticos.....	143
4.6.1.2.4. Secuestro de bienes dentro de la unidad de producción.....	144
4.6.1.2.5. Secuestro de títulos de crédito.....	146
4.6.1.3. ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS.....	147
4.7. MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO.....	153
Concepto y aspectos generales.....	153
Presupuestos.....	155
Supuestos regulados en el Código Procesal Civil.....	160

4.7.1. Asignación anticipada de alimentos.....	160
4.7.2. Medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia.....	162
4.7.3. Ejecución anticipada en la administración de bienes.....	166
4.7.4. Ejecución anticipada en desalojo.....	168
4.7.5. Efectos anticipados en casos de separación o divorcio.....	171
4.7.6. Ejecución anticipada en el interdicto de recobrar.....	172
4.8. MEDIDAS INNOVATIVAS.....	173
Concepto.....	173
Características.....	174
Supuestos regulados en el Código Procesal Civil.....	176
4.8.1. Interdicción.....	176
4.8.2. Cautela posesoria.....	178
4.8.3. Abuso de derecho.....	183
4.8.4. Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.....	185
4.9. MEDIDA DE NO INNOVAR.....	187
Concepto.....	187
Características.....	188
5. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS	
CONCLUSIONES.....	249
RECOMENDACIONES.....	251
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	252
ANEXOS.....	260

INTRODUCCIÓN

Nuestro Código Procesal Civil en el artículo III de su Título Preliminar establece que el fin concreto del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre jurídica, ambas con relevancia jurídica, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia.

En el primer supuesto cumple con una función privada, es decir satisface un interés individual, privado. Pero la función más importante y primordial es aquella función pública o social.

Esto es así porque cuando se resuelve un conflicto jurídico o cuestión controvertida no solo se satisface intereses privados sino que además se va a lograr el mantenimiento del ordenamiento jurídico y por ende la paz social basada en justicia.

Por otro lado, el citado cuerpo normativo (Artículo I del Título Preliminar del CPC) también hace referencia al derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, la cual tiene como finalidad garantizar a las personas el ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso.

Fines del proceso y Tutela Jurisdiccional Efectiva son dos instituciones procesales interdependientes. Sin ellas no habría ni paz social ni garantía de nuestros derechos en juicio.

Ahora bien, estas dos realidades solo se concretizan siempre y cuando los justiciables logran llevar sus pretensiones a los órganos jurisdiccionales correspondientes, y que tras obtener una decisión favorable, la misma se materialice objetivamente.

La cuestión es que no siempre ocurre de esa manera, puesto que los “perdedores” de un proceso judicial, antes de culminado el mismo, intencionalmente pueden sustraer el objeto del proceso, lo que altera situaciones o circunstancias favorables a la tutela jurisdiccional efectiva. Ante esta contingencia nuestro Código Procesal Civil ha regulado las medidas cautelares, valiosa herramienta que apunta a dar tutela jurisdiccional urgente, rápida y oportuna y no tardía, cuya finalidad estriba en garantizar la eficacia de la decisión definitiva.

Según el Tribunal Constitucional (STC. EXP. 0023-2005-PI/TC), la tutela cautelar es una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139° inciso 3, de la Constitución, pues no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta. En este sentido, el presente estudio se justifica por el hecho de que nos preocupa sobremanera cómo nuestros jueces civiles están resolviendo las solicitudes cautelares, puesto que se ha puesto en entre dicho la eficiencia de nuestro poder judicial ya que su dictado se estaría dando de manera irregular.

Pues se estarían concediendo medidas cautelares sin un acucioso estudio de cada caso, esto es sin la argumentación debida, pues muchas veces se dictan sin desarrollar sus requisitos legales y constitucionales (razonabilidad) y sin tener en consideración que las medidas cautelares son sobre todo afectaciones jurídicas que de alguna u otra forma perjudican al demandado, convirtiéndola en elemento socialmente nocivo y deslegitimador del poder judicial.

Al presente trabajo de tesis lo sometemos a consideración de todo aquel interesado en el estudio del tema tratado, esperando contar con la aceptación y tolerancia académica.

RESUMEN

En el lenguaje común de la gente hablar de una medida cautelar, quizás no le es un término familiar; pero sí lo es la palabra “embargo”, en nuestro caso lo uno y lo otro, engloba una concepción amplia y profunda, en el marco legal su finalidad es garantizar la ejecución de las decisiones judiciales, mediante la conservación, prevención o aseguramiento de los derechos que corresponde dilucidar en el proceso. Esto es, no más sentencias ilusorias que resultan inejecutables en muchos de los casos, creando un sinsabor en la aplicación del principio de justicia.

Hoy la normatividad legal de muchos países , ven el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, lo que la doctrina se ha venido entendiendo como la necesidad de que el procedimiento no se alargue más allá de un tiempo razonable, y para su aplicación requiere la apariencia de intereses sustanciales como son el *fumus bonis iuris*, lo cual no requiere de certeza del derecho, sino la posibilidad o probabilidad de la existencia del mismo, además del llamado *periculum in mora*, es decir, del hecho natural o voluntario que es capaz de producir un daño y la razonabilidad de la medida. Pero no toda medida cautelar debe ser legitimada, por cuanto en algunos casos resultan ser innecesarias o maliciosas, y como consecuencias son materia de sanción.

Atraves de esta institución, nace como una necesidad frente a la demora de un proceso y es el Estado que reconociendo tal hecho regule en su ordenamiento procesal medidas que garanticen la efectividad de las decisiones judiciales que se pronuncien en los llamados procesos principales, las medidas cautelares no son salvaguarda del derecho subjetivo, sino de la finalidad jurisdiccional.

Por lo antes expuesto, es necesario entender que el derecho a la tutela judicial cautelar no es más que como una manifestación a la tutela judicial efectiva, en tiempo actuales existe una gama de medidas cautelares que se pueden aplicar de acuerdo a cada hecho específico, como por ejemplo embargo en forma de depósito de bienes muebles e inmuebles, de inscripción, de intervención en recaudación y de información, embargo e forma de administración, de secuestro conservativo, secuestro de título de crédito , que en su conjunto forma parte de medidas para futuras ejecución forzada , sin olvidar las medidas temporales sobre el fondo y las ya conocidas medidas innovativas y de no innovar.

Lo real y concreto resulta ser que la confianza y seguridad de la sociedad en el Organo Jurisdiccional, dependerá de la eficacia que se logre en los fallos judiciales.

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA

CAPITULO I

ASPECTOS DE LA ENTIDAD RECEPTORA

- 1.1. Nombre o razón social: José Pantoja Seclén
- 1.2. Rubro: Estudio jurídico
- 1.3. Ubicación/ dirección: Calle San José #1157 interior 09 Oficina “A”.
- 1.4. Reseña:

El estudio jurídico está ubicado en la calle San José # 1157, Interior “A” de la Ciudad de Chiclayo.

El Doctor José Pantoja Seclén, estudió en la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo de Lambayeque, graduándose en el año de 1980. Inició su labor como abogado en la calle San José 1031, Oficina 10 Chiclayo, posteriormente trasladó su estudio jurídico al interior 1 oficina #09 hasta la actualidad es en la calle San José # 1157.

Perteneciente a la Quinta Promoción, denominada “José Antonio Vallejos”, donde hizo su tesis procesal penal, para lograrse como abogado, teniendo una amplia trayectoria donde se dedicó a la defensa de tráfico ilícito de drogas, también ha defendido casos como robo agravado y derecho administrativo.

CAPITULO II

ASPECTOS DEL ÁREA O SECCIÓN

CAPITULO II

2. ASPECTOS DEL ÁREA O SECCIÓN

Estudio Jurídico, a cargo del Dr. José Pantoja Seclén, abogado defensor escrito al ICAL Nº 554; relacionado a defender causas penales y civiles; estudio jurídico conformado sólo por el abogado antes descrito; con más de 40 años en el ejercicio de la defensa con una larga trayectoria; donde tuve la oportunidad de ser asistente legal; dándole seguimiento a los casos desde las diligencias preliminares, siguiendo las fases y/o etapas procesales, hasta la culminación de la etapa de juzgamiento; asimismo en la oficina legal se distribuye la carga, organizando los expedientes por orden alfabético de los justiciables, asimismo contamos con una pizarra donde se consignan las fechas y horarios de las audiencias o diligencias programadas; en consecuencia el abogado titular del estudio jurídico, acompañado de sus asistente legal y con la participación de las partes justiciables dan seguimiento al estudio procesal de las causas sean penales o civiles, lo que permitió no solo aplicar los conceptos adquiridos en aulas universitarias, sino también ejercer la abogacía de manera anticipada por cuanto la practica constante me permitió conocer la realidad del sistema judicial, sus órganos que lo conforman, del mismo modo afianzar lazos sociales que permiten desarrollarme tanto personal como profesional.

Contraste:

Algunos obstáculos que puede encontrar en mi experiencia como estudiante universitario es que por mi condición como tal no podía intervenir directamente en las diligencias o audiencias; lo que hacía un poco dificultoso interactuar con los organos jurisdiccionales

CAPITULO III

IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

CAPITULO III

3. IDENTIFICACIÓN DE LA SITUACIÓN PROBLEMÁTICA

3.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.

La medida cautelar tiene por finalidad garantizar la eficacia de la decisión definitiva. Esta institución procesal constituye un instrumento vital e importante para lograr los fines del proceso, pues mientras se resuelve un conflicto de intereses o se elimina una incertidumbre, puede que lo pretendido se sustraiga del órgano jurisdiccional y, por ende, la eventual victoria del demandante sea infructuosa.

Sin embargo, este mecanismo muchas veces es utilizado como medio para conseguir fines particulares o son dictadas sin la argumentación correspondiente, sin detenerse a verificar la concurrencia de los requisitos que se necesitan para su concesión, desnaturalizando así su finalidad, trayendo como consecuencia la ineficiencia e ineficacia de nuestro sistema judicial y por ende la trasgresión del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Por otro lado, tenemos que los órganos jurisdiccionales le restan importancia a la contracautela, por cuando teniendo ésta por objeto asegurar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de una medida cautelar, admiten la caución juratoria sin el debido fundamento y sin tener en cuenta la proporcionalidad y eficacia que ésta pueda tener para una posible ejecución de esta, convirtiéndose en urgente un replanteamiento de su tratamiento jurisprudencial.

Aunado a lo expuesto se encuentra la problemática respecto del trámite y cognición que los abogados y jueces dan a las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil, puesto que estos no las entienden en su verdadera dimensión, esto es su naturaleza, finalidad y alcances.

3.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.

¿En la ciudad de Chiclayo, los Juzgados Especializados Civiles dictan medidas cautelares con la argumentación debida, y respetando requisitos legales y constitucionales, naturaleza y finalidad, haciendo eficiente y eficaz nuestro sistema judicial y por ende protegiendo el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva?

3.3. PROBLEMAS SECUNDARIOS:

- ¿Los Juzgados Especializados Civiles otorgan la debida importancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de una medida cautelar, admitiéndola con el fundamento debido?
- ¿Las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil son entendidas en su verdadera dimensión, esto es su naturaleza, finalidad y alcances, por los abogados y jueces locales?

3.4. OBJETIVOS:

Objetivo general.

Determinar si las medidas cautelares civiles se otorgan con la debida motivación, respetando sus requisitos legales y constitucionales, naturaleza y finalidad, y en ese sentido inferir si hacen eficiente nuestro sistema judicial y por ende si hacen efectivo el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Objetivos específicos:

- Conocer el tratamiento jurisdiccional que los jueces dan a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de una medida cautelar.
- Estudiar la naturaleza, finalidad y alcances de las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil, lo cual nos va a llevar a establecer el trámite y cognición que los abogados y jueces dan a las medidas cautelares.

3.5. JUSTIFICACIÓN E IMPORTANCIA.

El presente estudio se justifica por el hecho de que nos preocupa de gran manera cómo nuestros jueces están otorgando medidas cautelares, puesto que se ha puesto en entre dicho la eficiencia de nuestro poder judicial ya que su dictado se está haciendo a mansalva sin un acucioso estudio de cada caso. Las resoluciones dictadas hasta el momento se emiten con fundamentos legales genéricos sin detenerse a subsumir cada uno de los supuestos de hecho establecidos en las normas legales no teniendo en cuenta que las medidas cautelares son sobre todo

afectaciones jurídicas que perjudican al demandado poniéndolo a este en estado de indefensión.

3.6. DELIMITACIÓN.

Temática.

La investigación tiene como objeto de estudio de cincuenta resoluciones cautelares, así como de las solicitudes que les dieron origen, emitidas por los jueces especializados en lo civil de Chiclayo; precisando que no comprende a las medidas cautelares del ámbito penal, laboral ni constitucional, no obstante presentar éstas los mismos fundamentos.

Temporal.

El ámbito temporal comprende a las resoluciones judiciales, con las respectivas solicitudes que les dieron origen, expedidas por los jueces especializados en lo civil de Chiclayo en los años dos mil doce, dos mil trece y dos mil catorce.

Espacial – institucional.

La recolección de información documental está circunscrita, fundamentalmente, a las resoluciones cautelares dictadas por los órganos jurisdiccionales de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, y, para un mejor panorama del tema, la de las Salas Superiores y de las sentencias expedidas por el Tribunal Constitucional.

3.7. LIMITACIONES DE LA INVESTIGACIÓN.

La principal limitación de la presente investigación está referida al incipiente desarrollo de la doctrina nacional que no nos permite tener suficientes referentes

teóricos. Sin embargo, este obstáculo es salvado por la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional. Asimismo, lo es la reticencia de los titulares de los juzgados civiles, así como de los auxiliares jurisdiccionales, respecto de las facilidades para recopilar los incidentes cautelares.

3.8. HIPÓTESIS PRINCIPAL.

En el Distrito Judicial de Lambayeque las medidas cautelares civiles se emiten sin la argumentación debida y sin respetar los requisitos legales y constitucionales, su naturaleza y finalidad, haciendo ineficiente el sistema judicial en la protección efectiva del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.

Variable.

Emisión de medidas cautelares civiles en el Distrito Judicial de Lambayeque.

Indicador.

- Las medidas cautelares civiles se emiten sin la argumentación debida y sin respetar los requisitos legales y constitucionales, su naturaleza y finalidad.

3.9. HIPÓTESIS SECUNDARIAS.

- Los órganos jurisdiccionales del Distrito Judicial de Lambayeque no otorgan la debida importancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de una medida cautelar. La caución juratoria no se admite con el fundamento debido.

Variable:

Tratamiento jurisdiccional de la contracautela.

Indicadores:

- La contracautela es admitida sin tener en cuenta su finalidad de garantía.
 - La caución juratoria se admite sin fundamentarlo debidamente en cuanto a su proporcionalidad y eficacia.
 - Es admitida con el fundamento debido, considerando su finalidad, proporcionalidad y eficacia.
- Las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil no son entendidas en su verdadera dimensión, esto es su naturaleza, finalidad y alcances, por los abogados.

Variable:

Grado de conocimiento de las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil.

Indicadores:

- No son entendidas en su verdadera dimensión, esto es su naturaleza, finalidad y alcances.
- Son otorgadas regularmente conforme lo dispone el Código Procesal Civil.

3.10. ESTRATEGIA METODOLÓGICA

Tipo de investigación:

La investigación que realizaremos es de naturaleza descriptiva-explicativa puesto que además de estudiar las medidas cautelares; también pretendemos explicar las

causas que determinan el tratamiento inadecuado de éstas tanto por los abogados como por los jueces.

Diseño:

El presente trabajo es una investigación no experimental y retrospectiva porque además de analizar nuestro objeto de estudio determinaremos las relaciones existentes entre las variables planteadas, teniendo en cuenta la doctrina, legislación y la jurisprudencia existente en el tema.

Técnicas de recolección de información

La técnica de recolección de información predominante estará basada, fundamentalmente, en la recopilación documental: resoluciones cautelares, para efectuar el respectivo enfoque cualitativo de “*análisis de contenido*” conocido también en las investigaciones jurídicas como “*estudio de casos*”.

Instrumentos de recolección de información

Los instrumentos de recolección de información están conformados por las fichas técnicas; este instrumento de recolección de información nos permitirá probar la consistencia de las hipótesis formuladas.

Técnicas de análisis e interpretación de datos.

Análisis y síntesis, inducción y deducción, comparación e histórico.

3.11. FUENTES DE INFORMACION

Las fuentes de información están constituidas los libros, revistas, tesis sobre la temática cautelar así como las resoluciones judiciales cautelares y del Tribunal Constitucional.

CAPÍTULO IV

APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

CAPÍTULO IV

4. APORTES PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

4.1. EL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA.

Este derecho está regulado expresamente en la Constitución Política del Perú de 1993¹, en el artículo 139°, inciso 3: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:... la **tutela jurisdiccional***”.

Asimismo, está regulado en el en el artículo 7º del D.S. N° 017-93-JUS que aprueba el TUO de la Ley orgánica del Poder Judicial: “*En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso...*”

¹ En la Constitución de 1979, tanto en el Título I sobre Derechos y Deberes Fundamentales de la Persona como en el Capítulo IX (del Título IV) sobre el Poder Judicial, no hace mención expresa al Debido Proceso o la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Sin embargo, “si bien no existió una consagración expresa [de tales derechos], se [considera que éstos constituyen] una “garantía innominada de rango constitucional”, de acuerdo con los tratados internacionales en materia de DD HH ratificados por el país (reconocimiento internacional), tales como la Declaración Universal de los DD HH (art. 8), el Pacto de San José (art. 25), que constituye norma plenamente aplicable con rango constitucional (**OBANDO BLANCO**, Víctor Roberto. Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Artículo Jurídico disponible en: <http://luisernestolazom.blogspot.com/2011/11/tutela-jurisdiccional-efectiva.html>. Consultada vía web a las 04:49 horas del 06/06/13).

También lo está en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil: *“Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva para ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”*.

En la legislación internacional, está regulado en: El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14°, inciso 1; en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el inciso 1, del artículo 8°; en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, Bogotá, Colombia, 1948.

Como se podrá apreciar, la Constitución Política del Perú de 1993 no menciona la efectividad de la tutela jurisdiccional, sin embargo tal característica se encuentra ínsita en ella, lo que se encuentra corroborado por el CPC que recoge dicho adjetivo, pues para una verdadera tutela ésta no solo debe proveer de protección jurisdiccional, sino que es necesario que existan mecanismos que hagan que dicha protección sea real, íntegra, oportuna y rápida.

En efecto, el derecho a la TJE supone “el derecho de la persona de obtener del Estado la solución oportuna, plena, válida, definitiva y satisfactoria frente al conflicto intersubjetivo generado respecto del derecho reclamado.”² En ese sentido, “el proceso civil peruano contiene los instrumentos necesarios para que su pregonada efectividad pueda lograrse”³; teniendo entre estos a las medidas cautelares, objeto de nuestro estudio.

En ese sentido, no cabe duda que la tutela jurisdiccional que brinda por el Estado no sería efectiva si no contara con un sistema de protección cautelar eficiente, lo

² CAMA QUISPE, Jacinto Arnaldo. Los instrumentos procesales a favor de la eficacia del proceso civil. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Abril, 2014. Tomo N° 10. Página 240.

³ CAMA QUISPE, op. cit., página 241.

que permite concluir que esta forma de protección es consustancial a la tutela jurisdiccional que presta el Estado y por lo tanto no puede ser limitada a los usuarios del servicio de justicia⁴.

Para terminar cabe agregar que existe “consenso en doctrina en establecer que las medidas cautelares también resultan parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, como bien señala Chamorro, el derecho a la medida cautelar forma parte necesariamente del derecho a la tutela judicial a través de la efectividad constitucionalmente exigible a ésta, porque ese derecho ha de poder asegurar el cumplimiento futuro de la sentencia a dictar y si es incapaz de ello, no se trata de una verdadera tutela, siguiendo esta línea Priori sostiene que el derecho a la tutela cautelar es el derecho fundamental que tiene todo ciudadano de solicitar y obtener del órgano jurisdiccional (...) el dictado y la ejecución oportunas de medidas cautelares que sean adecuadas para garantizar la efectividad de la sentencia a expedirse”⁵.

4.1.1. Concepto.

Para Priori Posada el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva “es el derecho que tiene todo sujeto de acceder a un órgano jurisdiccional para solicitar la protección de una situación jurídica que se alega que está siendo vulnerada o amenazada a través de un proceso dotado de las mínimas garantías, luego del cual se expedirá

⁴ GUERRA CERRÓN, J. María Elena. La oposición y el doble grado en el Sistema Cautelar Nacional. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Julio, 2013. Tomo N° 1. Página 295.

⁵ **BENITES RAMÍREZ**, Junior. El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y procesal constitucional. Ediciones Caballero Bustamante S.A.C. Lima, 2009. Página 10.

una resolución fundada en derecho, cuyos efectos deben poder producirse en el ámbito de la realidad”⁶.

En este sentido, el profesor Carlos Alfonso Silva Muñoz anota que “... el derecho a la tutela jurisdiccional es aquel que tiene todo sujeto de derechos para solicitar al órgano judicial del Estado, ejercite la jurisdicción para proteger o recobrar su derecho amenazado o violentado”⁷.

Nosotros entendemos que La Tutela Jurisdiccional o tutela judicial efectiva (en adelante TJE), es un derecho en virtud del cual todo sujeto de derecho puede acudir al órgano jurisdiccional con la finalidad de que éste proteja sus derechos (ya sean éstos subjetivos o colectivos o difusos) que han sido vulnerados o amenazados por el Estado o los particulares.

El derecho a la TJE tiene fundamento constitucional, es un derecho fundamental de naturaleza procesal, le asiste a toda persona ya tenga condición de demandante o demandado. Es un derecho relacional, puesto que con su vulneración –o amenaza- también se está vulnerando –o amenazando- otros, ya sea de su misma naturaleza o de rango legal, pero su ejercicio no está condicionado a la existencia de otro derecho, por lo que también es autónomo.

Cabe precisar que la TJE no comprende, necesariamente, el derecho de obtener una decisión judicial conforme con las solicitudes formuladas al órgano jurisdiccional porque puede ser que el juez resuelva en forma adversa a lo solicitado; es decir, el derecho de todo justiciable de poder acceder a la

⁶ **PRIORI POSADA**, Giovanni F. La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. ARA editores. Lima, 2006. Página 126.

⁷ **SILVA MUÑOZ**, Carlos Alfonso. Medidas Autosatisfactivas en el derecho procesal peruano. Editorial GPZ. Chiclayo, 2005. Páginas 58 y 59. Al respecto ver: **HERNANDEZ VALLE**, Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. Jurista Editores. Lima, 2006. Página 48.

jurisdicción no quiere ello decir que la judicatura, *prima facie*, se sienta en la obligación de estimar favorablemente toda pretensión formulada, sino que simplemente, sienta la obligación de acogerla y brindarle una sensata como razonada ponderación en torno a su procedencia o legitimidad.

La TJE es un derecho que hace que el proceso cumpla con los fines para lo cual fue creado, esto es que los jueces resuelvan las pretensiones de las partes de manera razonable y no arbitrarias, flexibilizando las reglas procesales para favorecer la TJE, excluyendo interpretaciones contrarias a estos propósitos, etc. En este orden de ideas existe vulneración del derecho a la TJE (Lo cual sucede por acción u inacción del órgano jurisdiccional o de una de las partes procesales o por un tercero con interés) cuando se rechaza una demanda por alguna causal de improcedencia impertinente, también cuando no se admite un recurso ordinario o extraordinario, cuando se omite pronunciarse sobre una pretensión aunque esta sea accesoria, aplicando la reforma en peor, modificando los términos de la sentencia cuando su ejecución está en curso o incumpliendo una sentencia con carácter de cosa juzgada⁸.

Asimismo, se vulnera la TJE cuando en una resolución judicial se decide que determinada parte procesal se abstenga de presentar escritos, bajo apercibimiento de multa, por considerarse que las solicitudes presentadas entorpecen el trámite del proceso⁹.

4.1.2. Contenido de la Tutela Jurisdiccional Efectiva

La TJE “es un derecho constitucional de naturaleza procesal en virtud del cual toda persona o sujeto justiciable puede acceder a los órganos jurisdiccionales,

⁸ STC. EXP. N° 1569-2006-AA/TC. Fundamento 4.

⁹ STC. EXP. N° 763-2005-PA/TC - LIMA. Fundamento 9.

independientemente del tipo de pretensión formulada y de la eventual legitimidad que pueda, o no, acompañarle a su petitorio. En un sentido extensivo, la tutela judicial efectiva permite también que lo que ha sido decidido judicialmente mediante una sentencia, resulte eficazmente cumplido. En otras palabras, con la tutela judicial efectiva no solo se persigue asegurar la participación o acceso del justiciable a los diversos mecanismos (procesos) que habilita el ordenamiento dentro de los supuestos establecidos para cada tipo de pretensión, sino que se busca garantizar que, tras el resultado obtenido, pueda verse este último materializado con una mínima y sensata dosis de eficacia”¹⁰.

En este sentido, “La doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional -por su parte- ha comprendido que el derecho a la ejecución de resoluciones constituye parte inseparable de la exigencia de efectividad de la tutela judicial. En efecto, en las sentencias 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC el Tribunal ha dejado establecido que *“el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdiccional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una vis expansiva que se refleja en otros derechos constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido”* [fundamento 11].

Según Jesús González Pérez “[el] derecho a la tutela jurisdiccional despliega sus efectos en tres momentos distintos: primero, en el acceso a la justicia, segundo, una vez en ella, que sea posible la defensa y poder obtener solución en un plazo

¹⁰ STC. EXP. N.º 763-2005-PA/TC - LIMA. Fundamento 6.

razonable, y tercero, una vez dictada la sentencia, la plena efectividad de sus pronunciamientos. Acceso a la jurisdicción, proceso debido y eficacia de la sentencia”¹¹.

Teniendo en consideración las apreciaciones anteriores, el contenido de la TJE comprendería:

- **El acceso a la justicia o a la jurisdicción:** Este derecho se encuentra consagrado en el literal del artículo 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se hace referencia a que “Toda persona tiene derecho **a ser oída...**”. Se conceptualiza como la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales con la finalidad de ejercer nuestros derechos o intereses, asegurando así la tranquilidad social. En este sentido, los jueces deben realizar interpretaciones no restrictivas o formalistas para así facilitar el acceso a la jurisdicción, sin perjuicio de que los justiciables cumplan con los requisitos legales exigidos. En suma la excepción debe ser la inadmisibilidad de la acción.
- **El derecho a obtener una sentencia de fondo:** La sentencia emitida debe cumplir con parámetros legales y constitucionales, es decir debe ser dictada en un plazo razonable, conforme a derecho, debidamente motivada, congruente, etc.
- **Derecho a la ejecución de la sentencia:** Consiste en que la sentencia se cumpla sin dilaciones indebidas, y en sus propios términos, puesto que declaración o constitución del derecho no es suficiente.

¹¹ **GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 2º Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1985. Página 27.

- **Derecho a que se garantice la ejecución del fallo:** La sola obtención de una sentencia no es signo de que esta vaya a cumplirse ineludiblemente, además se necesita tomar previsiones para que la misma llegue a cumplirse realmente, y para ello está el derecho a obtener medidas cautelares pertinentes para así asegurar la pretensión solicitada.

4.2. EL DERECHO AL DEBIDO PROCESO.

4.2.1. Antecedentes.

El origen de la expresión “debido proceso” se remonta al año 1215, en el cual el Rey Juan sin tierra –de Inglaterra- expidió la famosa “Carta Magna”. En el parágrafo treinta y nueve de dicho documento se habla sobre el “law of the land” de aplicación a todos los hombres. Posteriormente, dicha Carta fue confirmada por el rey Eduardo III en el año de 1354, el cual incluyó la expresión “due process of law” (debido proceso legal)¹². Siglos después, el due process of law fue incorporado a la Constitución de los Estados Unidos de Norte América a través de las enmiendas V y XIV.

El derecho al debido proceso ha sido reconocido por la Convención Americana de Derechos Humanos (suscrita el 22 de noviembre de 1969) en su numeral 1 del artículo 8 y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (vigente desde el 23 de marzo de 1976) en su numeral 1 del artículo 14.

En el Perú, la Constitución Política de 1993 lo recoge en el inciso 3, del artículo 139: *Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional:... 3. La observancia del debido proceso...*

¹² **BUSTAMANTE ALARCON**, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. ARA Editores. Lima, 2001. Página 182.

En la legislación infra-constitucional lo está en el artículo 7º del D.S. N° 017-93-JUS que aprueba el TUO de la Ley orgánica del Poder Judicial: *Artículo 7.- En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito.*

Asimismo, lo encontramos regulado en el artículo VII del Título Preliminar de la Ley N° 29277, ley de la Carrera Judicial: *Artículo VII.- Debido proceso, tipicidad y legalidad. La carrera judicial asegura que las decisiones que afecten la permanencia de los jueces en sus cargos se adopten previo procedimiento en el que se observen las garantías del debido proceso; y, en el caso que se trate de la imposición de una sanción, los principios constitucionales de tipicidad y legalidad.*

También lo está en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Civil: *“Toda persona tiene derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva para ejercicio o defensa de sus derechos o intereses, con sujeción a un debido proceso”.*

Se ha expresado que dar a dicho derecho humano el rango constitucional permite, entre otras cosas, establecerlo con carácter absoluto para cualquier proceso o procedimiento y ante cualquier persona o autoridad, sin que ninguna autoridad pueda invocar que no se encuentra sujeta al mismo.¹³

4.2.2. Concepto.

¹³ **RUBIO CORREA**, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1999. Página 56.

El debido proceso es “el derecho que tiene toda persona de iniciar o participar en un proceso dentro de las garantías de derechos fundamentales previstas por los principios y el derecho procesal”¹⁴.

Este derecho es un conjunto de garantías mínimas que protegen a todo sujeto de derecho comprendida en un proceso, con la finalidad de que ésta pueda obtener un resultado ajustado a estándares constitucionales y legales, por lo que debe permitírsele alegar, probar, impugnar, contradecir, etc.

Este derecho, “supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observarse en las instancias procesales de todos los procedimientos,... y conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos.”¹⁵

En suma, el debido proceso es un derecho fundamental, subjetivo, público e instrumental, constituido por una serie de principios y derechos procesales que garantizan la equidad y justicia¹⁶ del proceso –y por ende la dignidad humana-, haciendo posible la eficacia de otro derecho: la tutela jurisdiccional efectiva.

4.2.3. Ámbito de aplicación.

¹⁴ NOGUEIRA ALCALA, Humberto. El debido proceso legal en el Perú y el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos: Jurisprudencia. *Ius et Praxis*. Volumen 10. N° 4. 2004. Página 103.

¹⁵ STC. EXP. N° 01981-2011-PA/TC – PIURA. Fundamento 5.

¹⁶ “[De] nada serviría que se hayan respetado las debidas garantías en su tramitación, que los jueces hayan actuado con independencia e imparcialidad, que la decisión se haya emitido en un plazo razonable, si ésta no es objetiva y materialmente justa (**BUSTAMANTE ALARCÓN**, op. cit., página 41).

Pero el ámbito de aplicación del derecho al debido proceso no es solo judicial sino que también se extiende al campo administrativo. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional peruano: “[e]l derecho al debido proceso, y los derechos que contiene son invocables, y, por tanto, están garantizados, no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. Así, *el debido proceso administrativo* supone, en toda circunstancia, el respeto –por parte de la administración pública o privada– de todos los principios y derechos normalmente invocables en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139° de la Constitución (juez natural, juez imparcial e independiente, derecho de defensa, etc.).”¹⁷

El fundamento principal por el que se habla de un debido procedimiento administrativo encuentra sustento en el hecho de que tanto la jurisdicción como la administración están indiscutiblemente vinculados a la Carta Magna, de modo que si ésta resuelve sobre asuntos de interés de los administrados, y lo hace mediante procedimientos internos, no existe razón alguna para desconocer las categorías invocables ante el órgano jurisdiccional.¹⁸

En ese entendido, el debido proceso en tanto derecho fundamental con un doble carácter es oponible a todos los poderes del Estado e incluso a las personas jurídicas. Por ello, el debido proceso de origen estrictamente judicial, se ha ido extendiendo pacíficamente como debido procedimiento administrativo ante las entidades estatales -civiles y militares- y debido proceso parlamentario ante las

¹⁷ STC. EXP. N.° 03891-2011-PA/TC – LIMA. Fundamento 13.

¹⁸ STC. EXP. N.° 03891-2011-PA/TC – LIMA. Fundamento 14.

cámaras legislativas, así como, debido proceso inter privados aplicable al interior de las instituciones privadas¹⁹.

En conclusión “el derecho al debido proceso,... es un derecho cuyo ámbito de irradiación no abarca exclusivamente el campo judicial, sino que se proyecta, con las exigencias de su respeto y protección, sobre todo órgano, público o privado, que ejerza funciones formal o materialmente jurisdiccionales... las exigencias de su respeto y protección deben observarse en todos los procesos o procedimientos en los que se diluciden los derechos e intereses de las personas, sean estas personas jurídicas de derecho privado, órganos y tribunales administrativos, Tribunal Constitucional, Jurado Nacional de Elecciones, Consejo Nacional de la Magistratura, Congreso de la República (en materia de juicio político y antejuicio constitucional), y también ante tribunales arbitrales, entre otros.”²⁰

4.2.4. Debido Proceso Constitucional y Debido Proceso Legal.

El debido proceso constitucional garantiza que todas las afectaciones del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso y de los principios y derechos que de él se derivan sean susceptibles de ser controladas mediante los procesos constitucionales destinados a su tutela. Únicamente este ámbito es susceptible de control y tutela por parte de la jurisdicción constitucional, a fin de evitar que la jurisdicción constitucional termine sustituyendo a la justicia ordinaria. Por tanto, mientras que el debido proceso constitucional siempre puede ser sometido a control a través de los procesos constitucionales, el debido proceso

¹⁹ **SAENZ DÁVALOS**, Luis. La tutela del derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista Peruana de Derecho Constitucional*. Nº 1. Lima, 1999. Páginas 483 - 564.

²⁰ STC. EXPS. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC – LIMA. Fundamentos 35 y 36.

legal –esto es, aquellas afectaciones o irregularidades que no inciden en dicho contenido– no convierte necesariamente al proceso penal en inconstitucional.²¹

Sin embargo, esta distinción entre el debido proceso constitucional y el debido proceso legal no debe ser asumida como una sistematización rígida. Ello por cuanto no cabe descartar que, en un determinado caso, una cuestión que, prima facie, puede considerarse violatoria del debido proceso legal, puede esconder una afectación también al debido proceso constitucional. En estos casos, como es evidente, el proceso constitucional es el instrumento idóneo para su cuestionamiento y resolución...”²²

4.2.5. Debido Proceso Sustantivo y Debido Proceso Adjetivo

El debido proceso tiene su origen en el due process of law anglosajón, se descompone en: el debido proceso sustantivo, que protege a los ciudadanos de las leyes contrarias a los derechos fundamentales y, el debido proceso adjetivo, referido a las garantías procesales que aseguran los derechos fundamentales²³. Su incorporación al constitucionalismo latinoamericano ha matizado sus raíces, señalando que el debido proceso sustantivo se refiere a la necesidad de que las sentencias sean valiosas en sí mismas, esto es, que sean razonables; mientras que el debido proceso adjetivo alude al cumplimiento de ciertos recaudos

²¹ STC. EXP. N° 1014-2007-PHC/TC – LIMA. Fundamento 6.

²² STC. EXP. N° 1014-2007-PHC/TC – LIMA. Fundamento 7.

²³ LANDA ARROYO, Cesar. El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*. Año VIII. N° 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 2002. Páginas: 445 - 461.

formales, de trámite y de procedimiento, para llegar a una solución judicial mediante la sentencia²⁴.

Francisco Linares²⁵ señala que el debido proceso sustantivo constituye un standard o patrón o módulo de justicia para determinar dentro del arbitrio que deja la Constitución al legislador y la ley al organismo ejecutivo (administrativo y judicial), lo axiológicamente válido del actuar de esos órganos; es decir hasta dónde pueden restringir en el ejercicio de su arbitrio la libertad del individuo.

Para Bustamante Alarcón²⁶, el debido proceso sustantivo exige que todos los actos de poder, como normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez.

Siguiendo esta línea de pensamiento, el debido proceso es un derecho fundamental que se dirige tanto a la esfera individual de todo sujeto de derecho (dimensión subjetiva), así como a los órganos que ejercen la función jurisdiccional (dimensión institucional).

Concluyendo, el debido proceso sustantivo exige que los actos procesales desarrollados o a desarrollarse conlleven a una decisión justa tanto para los justiciables como para la sociedad en general. Para esta dimensión, lo

²⁴ **PEDRO SAGÜÉS**, Néstor. Elementos de derecho constitucional. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993. Páginas 328 y ss.

²⁵ **LINARES**, Juan Francisco. Razonabilidad de las Leyes, El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución. 2da edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1970. Página 26.

²⁶ **BUSTAMANTE ALARCÓN**, op. cit., página 205.

trascendente no es el cumplimiento de las formas procesales sino el fondo del asunto a efectos de proteger derechos fundamentales.²⁷

4.2.6. Relación entre el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

En el marco de la teoría de la garantía procesal de los derechos fundamentales, se puede interpretar que la Constitución de 1993 ha consagrado por vez primera como principios y derechos de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional (Art. 139 inciso 3, Capítulo VIII, Título IV del Poder Judicial). Sin embargo, no existe en la doctrina ni en la jurisprudencia un criterio constitucional uniforme acerca del alcance y significado de los mismos, debido al origen diverso de ambas instituciones ^{(28) (29)}.

En efecto, se tiene como derechos contenidos en el derecho a la Tutela Jurisdiccional Efectiva, derechos que se encuentran protegidos por el derecho al Debido Proceso³⁰ o que la Tutela Jurisdiccional Efectiva forma parte del Debido Proceso o simplemente se suele identificar el derecho a un debido proceso con el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva.

²⁷ El Tribunal Constitucional, se ha referido a la dimensión sustantiva del Debido Proceso en las sentencias de los siguientes procesos: Exp. N° 0439-1999-AA/TC; Exp. N° 0895-2000-AA/TC; Exp. 0924-2000-AA/TC; Exp. N° 1565-2002-HC/TC; Exp. N° 613-2003 AA/TC y Exp. N° 1223-2003-AA/TC.

²⁸ **GARCÍA TOMA**, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo II. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1998. Página 461.

²⁹ El origen del derecho al Debido Proceso lo encontramos en el denominado proceso justo anglosajón y el de la Tutela Jurisdiccional en la tradición jurídica de la Europa Continental (Ver **RUBIO CORREA**, Marcial. Op. cit. página 58).

³⁰ En el mismo sentido la CAS. N° 407-2012-LIMA: “el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva tiene un contenido complejo y omnicomprensivo que está integrado por el derecho de acceso a la jurisdicción y al proceso, el derecho al debido proceso y a la efectividad de las decisiones judiciales”.

El Tribunal Constitucional como intérprete supremo de la Constitución se ha encargado de diferenciarlos refiriendo que “la tutela judicial efectiva supone tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, [y] el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos”³¹. Sin embargo, esta diferenciación realizada por el Tribunal Constitucional no puede llevar a pensar que ambos derechos son inconexos entre sí, pues éstos constituyen medios de protección constitucional de derechos fundamentales, estrechamente relacionados.

En ese sentido se dice que llamamos debido proceso a aquel proceso que reúna las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del juez natural³². Es decir, para que la tutela jurisdiccional sea efectiva la función jurisdiccional debe desarrollarse de tal manera que el proceso sea llevado dando cumplimiento estricto a las garantías mínimas propias del debido proceso.

En ese orden de ideas, “[entre] el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva y el derecho a un debido proceso, existe la misma relación que se presenta entre la anatomía y la fisiología cuando estudia un órgano vivo, es decir, la diferencia solo reside en la visión estática y dinámica de cada disciplina, respectivamente. El primero es el postulado, la abstracción; en cambio, el segundo es la manifestación concreta del primero, es su actuación”³³.

³¹ STC. EXP. N° 8123-2005-PHC/TC – LIMA. Fundamento 6.

³² **GONZALEZ PEREZ**, Jesús. Op. cit., página 123.

³³ **MONROY GALVEZ**, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1996. Páginas 248 y 249.

4.2.7. Contenido del debido proceso.

Según el Tribunal Constitucional el debido proceso está conformado, entre otras, “por las siguientes reglas constitucionalmente consagradas: **a)** el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, **b)** el derecho a los procedimientos preestablecidos, **c)** el principio de cosa juzgada, **d)** el derecho a la motivación de las resoluciones, **e)** el derecho a la pluralidad de instancias; **f)** el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, **g)** el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal, **h)** el principio de no ser penado sin proceso judicial, **i)** la aplicación de la ley más favorable al procesado, **j)** el principio de no ser condenado en ausencia, **k)** la no privación del derecho de defensa.”³⁴

Y en otra de sus sentencias preciso que el derecho al debido proceso está compuesto por los siguientes derechos: “de defensa, publicidad del proceso, a ser asistido y defendido por abogado, derecho a impugnar, derecho a la prueba, derecho a una justicia sin dilaciones indebidas y derecho a un juez imparcial.”

Como se habrá podido apreciar, el derecho al debido proceso está compuesto por varios derechos, los cuales han sido enumerados por la jurisprudencia y por la doctrina. A continuación revisaremos los más importantes derechos que de acuerdo a la doctrina y a la jurisprudencia conforman el contenido mínimo del debido proceso:

- **El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley.**

Este derecho se encuentra regulado expresamente en el segundo párrafo del inciso 3 del Artículo 139 de la CPP: “... *Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley...*”.

³⁴ STC. EXP. N° 200-2002. AA/TC. Fundamento 1.

Por este derecho las pretensiones de los sujeto de derechos no pueden ser conocidos sino por órganos jurisdiccionales competentes previamente constituidos conforme a los procedimientos legales establecidos. De esta manera se protege la independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, puesto que puede haber intereses externos –políticos o económicos- que influyan en las decisiones de los jueces en desmedro de los justiciables.

El derecho a la jurisdicción predeterminada por ley exige la predeterminación del órgano judicial y de su competencia. Es decir, la asignación de competencia judicial se debe establecer con anterioridad al inicio del proceso para garantizar que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc.

En ese sentido, se vulnera este derecho cuando se crean órganos jurisdiccionales no contemplados en la ley o cuando los jueces no son nombrados en la forma prevista por la Ley o la Constitución.

En cuestiones penales este derecho está diseñado para evitar el juzgamiento a individuos por "órganos jurisdiccionales de excepción" o por "comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación" o que se juzgue por comisión o delegación, impidiendo así juzgamientos por órganos jurisdiccionales que la Constitución no ha establecido. En este sentido, no transgrede este derecho la existencia de jueces "especiales" (Magistrados del Tribunal Constitucional o jueces de tribunales militares) y "especializados" (Jueces y Salas, del Poder Judicial, con competencia en distintas materias).

- **El derecho a los procedimientos preestablecidos.**

Este derecho se encuentra regulado expresamente en el segundo párrafo del inciso 3 del Artículo 139 de la CPP: “... *Ninguna persona puede ser... sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos...*”.

Conforme a este derecho las pretensiones de los sujeto de derechos no pueden ser tramitadas sino por las vías procesales previamente establecidas en la ley. En ese sentido, el órgano jurisdiccional competente se regirá por las reglas procesales preestablecidas por ley, a no ser que no se haya previsto una formalidad específica para determinado acto procesal, por lo que en este caso será válido cualquier formalidad empleada, tal como lo señala el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

- **El principio de cosa juzgada**

Este derecho se encuentra reconocido en el segundo párrafo del inciso 2 del Artículo 139 de la CPP: “... *Ninguna autoridad puede... dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución...*”, y en el inciso 13 del citado artículo: *La prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada. La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada.*

El principio-derecho de cosa juzgada, garantiza a todo justiciable a que las resoluciones (dictadas en un proceso de conocimiento donde las partes hayan sido emplazadas válidamente) que hayan adquirido tal calidad (ya sea porque se agotaron todos los recursos impugnativos o porque las partes consintieron lo resuelto) sean irrecurribles; inmodificables o dejadas sin efecto, por cualquier autoridad o terceros; proscribire la distorsión del contenido de las resoluciones o la

interpretación parcializada de las resoluciones judiciales que hayan adquirido tal cualidad.

La protección mencionada se concreta en el derecho que corresponde a todo ciudadano de que las resoluciones judiciales sean ejecutadas o alcancen su plena eficacia en los propios términos en que fueron dictadas; esto es, respetando la firmeza e intangibilidad de las situaciones jurídicas allí declaradas. Ello, obviamente, sin perjuicio de que sea posible su modificación o revisión, a través de los cauces extraordinarios legalmente previstos. Lo contrario, desconocer la cosa juzgada material, priva de eficacia al proceso y lesiona la paz y seguridad jurídica.³⁵

El Tribunal Constitucional, se ha referido al principio de la cosa juzgada en las sentencias de los siguientes procesos: EXP. N.º 00679-2005-PA/TC. EXP. N.º 04245-2006-PA/TC. EXP. N.º 4587-2004-AA/TC. EXP. N.º 3789-2005-PHC/TC. EXP. N.º 0054-2004-AI / TC. EXP. N.º 0009-2004-AI/TC.

La cosa juzgada tiene dos vertientes, una formal y otra material. La cosa juzgada formal se refiere a la inimpugnabilidad de las resoluciones que han obtenido tal calidad, pero no a su inmutabilidad, pues permite la posibilidad de modificación en un proceso posterior (Por ejemplo, en los procesos de alimentos la sentencia definitiva solo es inimpugnable, pero puede ser que el fallo de ella sea modificado por otro proceso, ya sea, de aumento o reducción de alimentos; en la pérdida, suspensión o limitación de la patria potestad, los padres, posteriormente, pueden pedir su sustitución cuando desaparezcan los hechos que la motivaron; cuando se declara improcedente una demanda o cuando el juez se inhibe de conocer el

³⁵ STC. EXP. N.º 3789-2005-PHC/TC-LIMA. Fundamento 8.

proceso). En cambio por la cosa juzgada material, la sentencia definitiva, además de irrecurrible, no puede ser modificada (inmutabilidad).

Así lo ha precisado la Casación N° 1473-97 (CAJAMARCA), publicada el 09 de diciembre de 1998: "...La cosa juzgada formal se refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en el mismo proceso, mientras que la cosa juzgada material se produce cuando a la irrecurribilidad de la sentencia se agrega la inmutabilidad de la decisión..."

Por lo expuesto, se puede decir que puede haber cosa juzgada formal sin cosa juzgada material, pero no al contrario. La cosa juzgada plena y eficaz solo se adquiere cuando ya no existe posibilidad alguna de revisión de la sentencia; ya sea en el proceso en que fue dictada o en cualquier otro posterior.

Sin embargo, si el proceso que origina la cosa juzgada ha sido seguido con fraude, o colusión, afectando el derecho a un debido proceso, de manera excepcional, cabe solicitar su nulidad al amparo del artículo 178 del Código Procesal Civil, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional correspondiente anule la sentencia.

Por otro lado, cabe hacer mención a lo expuesto por el TC, en el sexto fundamento de la Sentencia emitida en el Expediente N° 00978-2012-PA/TC, que constituye doctrina constitucional vinculante obligatoria para todos los jueces y tribunales del país, ha establecido que en la justicia ordinaria debe prevalecer la Cosa Juzgada sobre las medidas cautelares.

Razona el supremo intérprete de la Constitución que en *"la casuística procesal podría presentar casos límites para los derechos constitucionales, a través de los cuales medidas cautelares ordinarias podrían oponerse en sus términos a una*

sentencia judicial ordinaria con la calidad de cosa juzgada y suspender a la larga la ejecución de la misma”, lo que ocasionaría “perjuicios irreparables sobre el vencedor del proceso ordinario, titular indiscutible del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales y a que lo resuelto sea ejecutado en sus propios términos.”

Fundamenta además que *“resulta inaceptable sostenerse en términos procesales constitucionales que una medida cautelar que por su naturaleza contiene un debate sumario y provisorio, tenga pues la aptitud legal para suspender lo decidido en un proceso principal que por su naturaleza contiene un debate definitorio, amplio, principal.”* Agrega que *“constituye una anomalía del sistema que una sentencia ordinaria pueda ceder, suspenderse o ser limitada a través de una medida cautelar dictada en otro proceso ordinario”.*

Finaliza diciendo que *“el concesorio de una medida cautelar... manifestación del derecho a la tutela procesal efectiva no tiene ni puede tener el mismo valor jurídico que una sentencia ordinaria que ha pasado en autoridad de cosa juzgada en la cual subyace la ejecución de un derecho constitucional debatido, reconocido y restablecido.”* Que en ese sentido *“resulta un despropósito que la parte afectada con una medida cautelar sea precisamente la persona cuyo derecho ha sido declarado y restablecido en un proceso ordinario, pues ésta se verá seriamente perjudicada en el ejercicio de su derecho en el lapso tiempo que dure la tramitación final del proceso ordinario en que se dictó la medida cautelar.”*

Un pronunciamiento similar al descrito que merece mención, por estar relacionado con la suspensión de un proceso en trámite, es el caso en que mediante una medida cautelar se buscaba en sí la suspensión de un proceso de desalojo, solicitando la suspensión de los efectos de un acta de conciliación que constituía

el medio probatorio fundamental de dicho proceso seguido por el demandado contra el solicitante de la medida:

En el presente caso, si bien la medida cautelar solicitada, tiene relación con la pretensión demandada, y en caso que sea amparada la demanda, la consecuencia de ello es que el Acta de Conciliación Extrajudicial N° 0731-2005 del 15 de agosto de 2005, no surtiría efecto legal alguno; de manera que disponerse mediante decisión cautelar la suspensión de los efectos del acta de Conciliación Extrajudicial, sería interferir en un proceso judicial en trámite (proceso judicial seguido contra el demandante sobre desalojo, ante el Juzgado de Paz Letrado de Chorrillos), lo que no resulta jurídicamente posible, conforme a lo previsto por el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así como por el artículo 139.2 de la Constitución Política del Estado.³⁶ (Cursiva nuestra).

- **El derecho a la motivación de las resoluciones.**

Este derecho se encuentra regulado expresamente en el inciso 5 del Artículo 139 de la CPP: “... *La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.*”

La motivación no sólo constituye una obligación legal impuesta a los órganos jurisdiccionales, sino también es un derecho del administrado, por el cual éste tiene derecho a que el órgano jurisdiccional, conocedor de sus pretensiones,

³⁶ Extracto de la resolución de fecha 17 de marzo de 2010, emitida en el Exp. N° 2555-2009 por la Primera Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Editorial Gaceta Jurídica. Página 223 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

exteriorice sus decisiones de una manera congruente, clara y precisa, expresando las razones por las cuales acepta o deniega sus peticiones.

Estas razones deben estar sustentadas en cuestiones de hecho y en el derecho. De no ser así, el justiciable, a efectos de que, por ejemplo, pueda hacer valer los recursos de impugnación, no podría cuestionar o responder las imputaciones que aparecen en la resolución judicial si éstas no son claras y precisas, vulnerando así otro derecho fundamental: Derecho de defensa.

Una adecuada motivación de las resoluciones judiciales genera consecuencias positivas en un Estado de Derecho protector de los derechos fundamentales, pues brinda seguridad jurídica a los justiciables, y al mismo tiempo brinda certeza, al órgano jurisdiccional, de que su decisión está arreglada a derecho.

Por otro lado, si bien “el derecho a la motivación de las decisiones administrativas... no tiene un sustento constitucional directo, no es menos cierto que forma parte de aquella parcela de los *derechos fundamentales innominados* que integra la construcción constitucional del Estado que permite apartarse de toda aquella visión absoluta o autoritaria.”³⁷

- **El derecho a la pluralidad de instancias**

Este derecho se encuentra regulado expresamente en el inciso 6 del Artículo 139 de la CPP: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional:.. “La pluralidad de la instancia.”* Asimismo, encontramos este derecho en el artículo 11° de la LOPJ: “*Las resoluciones judiciales son susceptibles de revisión, con arreglo a ley, en una instancia superior...*”, y en el artículo X del Título Preliminar del CPC: “*El proceso tiene dos instancias, salvo disposición legal distinta.*”

³⁷ STC. EXP. N° 01412-2007-PA/TC – LIMA. Fundamento 11.

Por este derecho los justiciables tienen derecho a que su proceso sea conocido no solo por un juez, sino también por otros, superiores, con facultades de revisión o control –de la legalidad y la justicia- de las decisiones del primero, con la finalidad de que sus derechos sean protegidos (frente al Estado o frente a las decisiones de los jueces), pues el juez inferior puede cometer errores, ser arbitrario en su decisión o ser ignorante o de mala fe (la excepción es el recurso de reposición en el que es el mismo juez quien corrige el error cometido).

La pluralidad de instancias se relaciona con el derecho a impugnar las decisiones judiciales que el justiciable considera no arregladas a derecho, pero no puede impugnarlas indefinidamente sino hasta que obtenga, cuanto menos, una segunda decisión respecto de actos pasibles de ser impugnados. Sin embargo, cabe agregar que en nuestro ordenamiento procesal no todas las resoluciones son impugnables, puesto que hay casos en que son inimpugnables (ver los siguientes artículos del Código Procesal Civil: 39°, 133°, 184°, 187°, 194°, 208°, etc.).

- **El derecho de defensa.**

Este derecho se encuentra regulado expresamente en el inciso 6 del Artículo 139 de la CPP: *“Son principios y derechos de la función jurisdiccional:.. “El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso. Toda persona será informada inmediatamente y por escrito de la causa o las razones de su detención. Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad.*

Como se podrá apreciar, la CPP regula este derecho teniendo más en consideración los procesos penales, que no lo excluye, por su puesto, de su aplicación en los procesos de otra naturaleza como el civil, por ejemplo.

El derecho de defensa exige que los justiciables tengan la posibilidad de defenderse de la demanda, investigación o proceso penal entablado en su contra, mediante la asistencia de un abogado, elegido por éstos o por uno de oficio, en su caso y haciendo uso de los medios legales necesarios, suficientes y eficaces para ejercer la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Nuestro ordenamiento procesal civil regula la defensa cautiva. En efecto, el artículo 424°, inciso 11 del CPC establece la firma del abogado como requisito de admisibilidad de la demanda. Por tanto, en materia civil, el derecho de defensa consiste en el derecho del justiciable a ser asesorado por un abogado de su elección, y al mismo tiempo es un requisito de admisibilidad de la demanda, salvo el caso de la demanda de alimentos en la que no se exige la firma de abogado, según lo dispuesto por el referido inciso (modificado por el Artículo 2 de la Ley N° 28439, publicada el 28 de diciembre del año 2004).

La intervención un abogado en el proceso, encuentra su justificación en la medida que los actores procesales no tienen conocimientos técnicos en la ciencia del derecho sustantivo y procesal para materializar su defensa de una manera adecuada, suficiente y eficaz. Si bien mediante Ley N° 28439 ya no será exigible la firma de un abogado en las demandas de alimentos (situación que alivia, en parte, la muchas veces precaria economía de los alimentistas), sin embargo, algunas peticiones de los alimentistas (recurso de apelación, por ejemplo) requerirán, para su presentación, la previa asesoría de un abogado.

- **El derecho a probar**

El derecho a la prueba es un derecho implícito que forma parte del derecho a la tutela procesal efectiva; en ejercicio de este derecho los justiciables están facultados –dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes

reconocen- para presentar todos los medios probatorios pertinentes, para justificar los argumentos esgrimidos a su favor y poder crear en el órgano jurisdiccional la convicción suficiente de que su pretensión tiene amparo legal.

[S]e trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios; a que éstos sean admitidos, adecuadamente *actuados*, *que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios*, y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio q tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado³⁸.

En suma, el derecho a probar garantiza la prohibición de indefensión, ergo, en el estado correspondiente del proceso, se debe dar a las partes la oportunidad de ofrecer medios probatorios, admitirlos conforme a derecho, actuarlos y valorarlos convenientemente.

4.3. LA TUTELA CAUTELAR

4.3.1. Concepto.

Hablar de tutela cautelar es referirse a las medidas cautelares, esto es, “aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar o preordenar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la resolución judicial que se pronuncie de manera definitiva sobre el objeto procesal y, como intrínseca finalidad, evitar que cristalice una posible vulneración al derecho a la

³⁸ STC. EXP. N° 06065-2009-PHC/TC-LIMA. Fundamento 2.

tutela judicial efectiva..., mediante la adopción judicial preliminar (incluso en ocasiones con anterioridad al nacimiento de la litispendencia) de medidas que de algún modo anticipen provisionalmente aquellas otras medidas (iguales o análogas) que habrían de adoptarse ante la emisión de una resolución definitiva de la controversia que fuese susceptible de ejecución”³⁹.

“[En] la tutela cautelar, el objeto de la cognición no es el mismo del proceso de conocimiento, abarcando única y tan solamente elementos conexos a la propia función cautelar, o sea el temor de lesión y la apariencia de buen derecho. La eficacia y el efecto se yerguen, en consecuencia, no de la ley sustancial, sino de la propia ley procesal, en cuanto regulación de la conducta humana ante los órganos de la administración de justicia.”⁴⁰

4.3.2. Constitucionalidad de la tutela cautelar.

Según el Tribunal Constitucional⁴¹, la tutela cautelar al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción “no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139.º inciso 3), de la Constitución. No existiría debido

³⁹ GARBERI LLOBREGAT, José; TORRES FERNÁNDEZ SEVILLA, José María y CASERO LINARES, Luis. Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Doctrina, jurisprudencia y formularios; citado por citado por **GUERRA CERRÓN**, J. María Elena. Insuficiencia del sistema de tutela cautelar abierto. En: GACETA JURÍDICA. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica. Página 75 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

⁴⁰ **ALVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto. Notas sobre la tutela de urgencia. En: GACETA JURÍDICA. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Op. cit., página 292.

⁴¹ STC. EXP. 0023-2005-PI/TC. Fundamento 49 y 53.

proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta.”

Dicho colegiado ha establecido que “la función de la medidas cautelares está orientada en su carácter instrumental a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de procesos que adolecen de dilaciones indebidas o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la duración ordinaria de los procesos. Existen procesos que por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para eficacia del derecho.”

Asimismo, ha establecido que para un adecuado funcionamiento de la tutela cautelar, son dos, entre otros, los órganos que desempeñan una labor de primer orden.

El primero de ellos es “el legislador, por cuanto en su labor de configuración del procedimiento cautelar no puede crear cauces y requisitos que permitan afectar otros bienes constitucionales, sino, por el contrario, debe establecer mecanismos que posibiliten una efectiva actuación no sólo de la medida cautelar y, consecuentemente, una efectiva prestación del debido proceso, sino también de los derechos fundamentales que prevalecen sobre los procesales.”

Después está “la labor de los jueces, ya sean ordinarios o constitucionales, toda vez que en el otorgamiento o mantenimiento de las medidas cautelares deben proceder con absoluta prudencia. Y de manera especial, el juez constitucional en los procesos de amparo, dada su trascendencia, debe concederlas compensando y equilibrando los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita

una medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada. Si bien mediante una medida cautelar se intenta proteger el resultado de un proceso que se ha iniciado para dilucidar si un demandante goza o no de un determinado derecho, esta medida no puede ser otorgada sacrificando la protección de los derechos y bienes constitucionales”

En suma, “la tutela cautelar debe ser leída bajo un criterio de ponderación que debe existir en el juzgador cuando recurre a ella, pues, hay que reconocer que la parte afectada con la medida también sufrirá la restricción de alguno de sus derechos, en aras de privilegiar la tutela efectiva del actor, pero, esa restricción debe darse en supuesto de **mínima temporalidad** y bajo un criterio de **razonabilidad**; caso contrario ingresaríamos ante el abuso de la tutela cautelar, con un claro desequilibrio en la tutela judicial que se brinda a las partes por igual.”⁴²

4.3.3. Finalidad.

La doctrina emplea diversos criterios para clasificar los procesos judiciales. Atendiendo al criterio de función o finalidad, los procesos son de cognición, ejecución y cautelar según sea para declarar el derecho, ejecutar el derecho o asegurar el cumplimiento de una sentencia. No obstante, en doctrina aún se discute si el proceso cautelar es, efectivamente, un proceso o un procedimiento... Independientemente de ese debate doctrinario, cuya importancia admitimos, lo cierto es que nuestro código regula el proceso cautelar conforme a la finalidad que

⁴² **LEDESMA NARVÁEZ**, Marianella. La doble instancia en el procedimiento cautelar. *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Febrero, 2014. Tomo N° 8. Páginas 214 y 215.

le ha asignado la doctrina comentada, decisión legal que por lo demás guía la actuación de todos los operadores jurídicos en esta materia⁴³.

En efecto, nuestro código adjetivo en el párrafo final de su artículo 608° prescribe que la medida cautelar tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva; por ello se dice que “la tutela cautelar tiene trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso”⁴⁴.

No obstante, “la tutela cautelar no solo tiene como finalidad asegurar el resultado del proceso, sino que, como señala Reimundín, tiende principalmente, mediante medidas adecuadas, a la conservación del orden y de la tranquilidad pública, impidiendo cualquier acto de violencia o que las partes quieran hacerse justicia por sí mismas durante la sustanciación del proceso, prescindiendo del órgano jurisdiccional”⁴⁵.

⁴³ **MARTEL CHANG**, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Palestra Editores. Lima 2003. Páginas 57 y 58.

⁴⁴ STC. EXP. 0023-2005-PI/TC. Fundamento 9.

⁴⁵ **LEDESMA NARVÁEZ**, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2008. Página 9.

4.4. LA MEDIDA CAUTELAR

4.4.1. NATURALEZA ONTOLÓGICA.

Las medidas cautelares constituyen mecanismos procesales mediante las cuales se logra proteger con eficacia nuestros derechos e intereses, pues con ellas se logra garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva, favorable, a expedirse ulteriormente en el expediente principal. Sin este mecanismo sería, más de las veces, inejecutable lo decidido en el fallo definitivo, pues el demandado puede, irremediablemente, obstaculizar o truncar el cumplimiento de lo decidido por el órgano jurisdiccional.

Siendo de una importancia vital, para el proceso, que se otorguen garantías para obtener su finalidad, entonces se torna de necesidad conocer la naturaleza ontológica de las medidas cautelares, pues solo así se otorgarán éstas conforme a cánones legales y constitucionales, es decir efectivas y sujetas a un debido

proceso, porque no debe perderse de vista que en un proceso cautelar no solo existe la parte interesada.

Debe tenerse bien en claro que la naturaleza ontológica de las medidas cautelares no la encontramos en su finalidad ni en las discusiones que se hacen sobre esta de cómo sería su modelo ideal, por lo que no es fructífero detenernos en esa temática. La naturaleza ontológica de las medidas cautelares la encontramos en su esencia.

En este sentido, una medida cautelar es ante todo una afectación jurídica forzada (y muchas veces hasta violenta) que el Estado (a través de órganos ungidos de potestad jurisdiccional) impone sobre bienes, derechos y/o intereses de sus titulares o propietarios. En realidad, para entender la esencia de las medidas cautelares, no debemos verla sólo desde la perspectiva de la “tutela cautelar”, sino también desde la faz del afectado, es decir, a partir de una Teoría de las Afectaciones Jurídicas.⁴⁶

Siendo las medidas cautelares afectaciones impuestas de modo forzoso por el Estado éstas se deben otorgar de manera restringida y sujetas a un debido proceso para que así éstas no sean arbitrarias. Sin embargo, la restricción en el otorgamiento de medidas cautelares no puede llevar a pensar que se está negando o vulnerando el derecho a la TJE, puesto que según el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política de 1993 todos tenemos derecho a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, por tanto los beneficiados con una medida cautelar así como los que la sufren tienen derecho a que el proceso cautelar sea llevado con las garantías mínimas de un proceso debido. En este orden de ideas, los jueces tienen el deber de otorgar medidas

⁴⁶ JUÁREZ JURAD, Eder. Naturaleza ontológica de las medidas cautelares. *Jurídica* (Suplemento de análisis legal de El Peruano) N° 376. Octubre, 2011. Página 4.

cautelares sin incurrir en excesos, con las debidas garantías y, por supuesto, teniendo en cuenta la esencia de las medidas cautelares.

4.4.2. CONCEPTO.

La medida cautelar, denominada también preventiva o precautoria, es aquella institución procesal mediante la cual el órgano jurisdiccional, a instancia de parte, asegura la eficacia o el cumplimiento de la sentencia a dictarse en el proceso que dirige, anticipando todos o determinados efectos del fallo, en razón de existir verosimilitud en el derecho invocado y peligro en que la demora en la sustanciación de la litis traiga como consecuencia que la decisión judicial no pueda reintegrar a la parte vencedora en el juicio la totalidad de su derecho.”⁴⁷

También se la define como “un mandato que se despacha a pedido de parte, antes o durante el proceso, basado en una probable estimación de la demanda principal y la verificación de la necesidad de providencia inmediata, que tiene incidencia sobre el patrimonio e incluso en la esfera de la libertad de la parte contra quien se dirige el mandato, y su propósito es asegurar la eficacia de la sentencia en un eventual amparo de la demanda.”⁴⁸

Si queremos esbozar un concepto directo y claro podemos afirmar que la medida cautelar es un instrumento procesal que puede plantearse antes o dentro de un proceso ya iniciado, con la finalidad de asegurar preliminar y preventivamente la eficacia de la sentencia, a fin de proteger el derecho del accionante o actor, que por fundadas razones puede suponer válidamente que su pretensión o el derecho que invoca se encuentra en peligro ante el demandado, quien, en tanto dure el

⁴⁷ **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. El embargo y otras medidas cautelares. 3º Edición actualizada. Editorial San Marcos. Lima, 2002. Página 15.

⁴⁸ CAMA QUISPE, loc. cit.

proceso, puede disponer, para eludir su propia obligación, de los bienes que finalmente pueden garantizar la pretensión.⁴⁹

En ese sentido, si no hay nada que asegurar, porque la eficacia de la sentencia se encuentra plenamente garantizada, el pedido cautelar debe declararse improcedente, salvo que la garantía haya sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga, tal como lo advierte el artículo 627° del CPC: *Si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga.*

4.4.3. PRESUPUESTOS.

Dado su carácter instrumental, la medida cautelar sirve para la realización de los fines del proceso, de ahí que los presupuestos para su concesión se dirigen a garantizar el cumplimiento de la pretensión del proceso principal –iniciado o a iniciarse- la cual aparentemente está amparada por el derecho (**verosimilitud del derecho o *fumus boni iuris***), adoptando medidas adecuadas o razonables (***razonabilidad***), con la finalidad de evitar el peligro que puede ocasionar la demora del proceso (***periculum in mora***).

El artículo 637° del Código Procesal Civil establece que la solicitud cautelar se concede o rechaza sin conocimiento de la parte afectada, es por ello que el citado

⁴⁹ **PELÁEZ BARDALES, Mariano**, Alberto. Medidas cautelares en el proceso civil. Editora Jurídica Grijley E. I. R. L. Lima, 2008. Página 11.

código adjetivo exige para su otorgamiento la concurrencia⁵⁰ de ciertos requisitos esenciales con la finalidad de evitar arbitrariedades. Estos requisitos son los siguientes: La **verosimilitud del derecho** invocado, la necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir **peligro la demora del proceso** o por cualquier otra razón justificable, y la **razonabilidad de la medida** para garantizar la eficacia de la pretensión.

Adolfo Armando Rivas⁵¹ anota que las medidas cautelares “requieren de ciertos presupuestos” que se dividen en presupuestos de procedencia: **1. Verosimilitud del derecho. 2. Peligro en la demora. 3. Otros motivos justificantes**; siendo estos “situaciones básicas cuya existencia es imprescindible para que los pedidos puedan ser concedidas” (Sic). Agregando que la **contracautela** es un presupuesto de efectivización, cuya “necesidad” aparece una vez dispuesta la medida. De similar parecer es Hinostroza Mínguez⁵² que considera como presupuestos el **fumus bonis iuris, peligro en la demora y la contracautela**, esta última como presupuesto de efectivización.

Juan José Monroy Palacios⁵³ remarca el carácter necesario de los presupuestos de las medidas cautelares al afirmar que son “elementos que son indispensables para obtener una manera válida y no pasible de ser revocada”. En ese sentido, el juez, al calificar una solicitud de medida cautelar debe cumplir con verificar la

⁵⁰ En la calificación de un pedido cautelar debe efectuarse el “criterio de subordinación” de los presupuestos cautelares (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*) sin perder su concurrencia e interdependencia resultando plenamente justificado, que el juez una vez advertido la carencia de verosimilitud del derecho o en su defecto el peligro en la demora disponga automáticamente su rechazo (*Gaceta Civil y Procesal Civil*. Marzo, 2014. Tomo N° 9. Páginas 265).

⁵¹ **RIVAS**, Adolfo Armando. Las medidas cautelares en el derecho Peruano. Jurista Editores. Lima, 2005. Página 39.

⁵² **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2003. Página 1204.

⁵³ **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Comunidad. Lima, 2002. Página 167.

existencia de tales presupuestos, pues de no ser así su otorgamiento o denegatoria pasaría a ser un ejercicio arbitrario de la jurisdicción.

Por otro lado, el mismo autor⁵⁴ considera que **la adecuación** es un presupuesto que “ha sido olvidada desde siempre por la doctrina o, en todo caso, tratada de manera residual e indirecta”, idea que es compartida por el primer párrafo y el numeral 3 del artículo 611° del CPC; ello porque consideramos a la adecuación, al igual que la necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, como un sub-principio del principio de razonabilidad o proporcionalidad del que ahondaremos más adelante. Por ello, si una medida cautelar resulta inadecuada es válido afirmar que es irrazonable, tal como nos hace saber el presente caso:

“Que, el apelante peticiona concretamente como medida cautelar (fs. 35 a 40) el **NOMBRAMIENTO DE ADMINISTRADOR JUDICIAL** de la Asociación... mientras dure el proceso judicial, y se elija nueva Junta Directiva Comunal, por encontrarse acéfala la mencionada Persona Jurídica; y así mismo se rinda cuenta económica de los ingresos y egresos en el citado Club. CUARTO: Que, es de advertirse que la medida cautelar peticionada no resultar ser razonable para garantizar la eficacia de la futura sentencia a interponerse, en el entendido que el escrito de la demanda principal postulada solo se encuentra relacionada a la declaración de nulidad de la Asamblea General de Delegados con fecha 15/03/2009, y el Asiento Registral que generó en los Registros Públicos de Lima; y no se encuentra relacionada con la acción de Nombramiento de Administrador Judicial (artículo 769 del CPC); por

⁵⁴ **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. cit., página 169.

ende, el Superior Colegiado considera que no se satisface el numeral 3) del artículo 611 del Código Procesal Civil.”⁵⁵

La adecuación, consiste en proporcionar, acomodar o apropiar la solicitud cautelar al objeto de aseguración. En este sentido, “exige que el juzgador deba adecuar la medida cautelar solicitada a aquello que se pretende asegurar, debiendo dictar la medida que de menor modo afecte los bienes o derechos de la parte demandada o en todo caso, dictar la medida que resulte proporcional con el fin que se persigue.”⁵⁶.

En otros términos “la adecuación, no es otra cosa que la correlación que debe existir entre el pedido cautelar y la situación jurídica de la que es objeto, también se le conoce como la relación de coherencia y adecuación entre lo que se intenta garantizar y la medida solicitada como garantía o como nos dice Monroy Palacios, que “deba ser congruente y proporcional con el objeto de su aseguramiento”⁵⁷.

Para Priori Pozada⁵⁸, una correcta evaluación en torno a la adecuación garantiza dos cosas: (i) que quien pretende algo en el proceso obtenga aquel medio que requiere para garantizar realmente su pretensión; y, (ii) que el demandado no sufra en magnitud mayor a lo necesario para lograr la finalidad de las medias

⁵⁵ Extracto de la resolución de fecha 25 de octubre de 2010, emitida en el Exp. N° 1555-2010, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 168.

⁵⁶ STC. EXP. 0023-2005-PI/TC. Fundamento 52.

⁵⁷ Extracto de la resolución de fecha 22 de julio de 2010, emitida en el Exp. N° 934-2010, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 174.

⁵⁸ **PRIORI POSADA**, Giovanni F. La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. cit., páginas 88 y 89.

cautelares. Con ello se evita simultáneamente la desprotección del pretendiente y el abuso contra el afectado.

Esto permite [por ejemplo] que si el objeto de la medida de no innovar tiene como finalidad asegurar la pretensión dineraria, ella no resulta adecuada, porque perfectamente puede recurrirse para tales fines a las medidas para futura ejecución forzada. El aseguramiento de un bien, con el solo objetivo de la posterior ejecución forzada, no conlleva a la necesidad de la inmutabilidad del bien o de la cosa, ya que incluso pueden ser sustituidos por otros bienes en cuanto puedan responder a la eventual y posterior ejecución. Si bien la medida cautelar debe ser adecuada a la naturaleza de la pretensión principal, también debe estar premunida de razonabilidad y utilidad, pues la actividad cautelar responde al **principio de la mínima injerencia**, que impone evitar los perjuicios innecesarios al presunto deudor u obligado⁵⁹ (Resaltado nuestro).

Por ello, luego de que se decida conceder la medida cautelar solicitada “el juez debe verificar si la medida solicitada es adecuada a su propósito, de no ser así despachará la más idónea de entre la panoplia de medidas que ofrece la ley procesal”⁶⁰.

Pero decidir la dación de una medida cautelar no es una tarea muy sencilla puesto que **para que el órgano jurisdiccional concluya que la solicitud ha cumplido con los correspondientes requisitos y presupuestos tiene que manifestar las razones de derecho por las cuales considera que estos han concurrido**, solo así se cumplirá con lo prescrito en el último párrafo del artículo 611° del CPC, que

⁵⁹ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2008. Página 28.

⁶⁰ CAMA QUISPE, op. cit., página 242.

castiga con la nulidad a la decisión que ampara la medida cautelar sin estar debidamente motivada.

4.4.3.1. El fumus bonis iuris (verosimilitud del derecho invocado)

Literalmente, *fumus bonis iuris*, significa “humo de buen derecho”, pero jurídicamente debe entenderse como que existen indicios de certeza del derecho invocado o a invocarse en el proceso principal o que es probable o verosímil que el derecho solicitado o a solicitarse existe, o simplemente, que de los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda es aparente que el justiciable tiene la razón. En otros términos, la cognición sumaria nos debe llevar a establecer solo una hipótesis sobre la fundabilidad del derecho invocado por el solicitante de la medida cautelar.

En ese sentido, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, no es necesario realizar un juicio exhaustivo y profundo del fondo del asunto porque eso se hará al emitir sentencia, sino, simplemente, un juicio periférico y superficial destinado a lograr una decisión basada en mera probabilidad de que lo demandado sea cierto. Según Enrico Liebman⁶¹, no se trata de establecer la certeza de la existencia del derecho, que es propiamente el objeto del proceso principal, sino de formular un juicio de probabilidad de su existencia sobre la base de una cognición sumaria y superficial.

Sobre esto señala Alberto Hinostroza que “para decidir la litis es indispensable que el Juez esté convencido de la certeza del derecho en que sustenta la pretensión, lo cual se logra si están acreditados suficientemente los hechos en que la última reposa. Es por ello que la actividad probatoria de las partes tendrá por finalidad

⁶¹ **LIEBMAN**, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). Buenos Aires, 1980. Página 162.

formarle tal convicción al Juez. Sin embargo, tratándose de la medida cautelar sólo le es exigible al peticionante que acredite no la certeza sino la verosimilitud del derecho en que se funda su pretensión principal”⁶².

Ugo Rocco⁶³ nos dice que el llamado *fumus boni iuris* no es más que una valoración subjetiva y, en gran parte, discrecional, del juez sobre la apariencia de que existen intereses, tutelados por el derecho, totalmente sumaria y superficial.

“[L]o verosímil⁶⁴ ha de ser el derecho, que el invocado por quien pide la medida, aparezca a la luz de la razón como posiblemente cierto, es decir, conllevando por su contundencia, la virtud de ser reconocido por un juicio de certeza si se confirman durante el pleito los elementos que se observan al tiempo de formular el juicio de verosimilitud. Es el *fumus boni iuris* del Derecho Romano. Lo posible es lo que es admitido como susceptible de darse en la realidad; el derecho será verosímil si es probable que exista, y lo probable es lo que se puede demostrar mediante la comprobación de los hechos”⁶⁵.

Entonces, la existencia de los elementos de verosimilitud deben ser apreciados y evaluados prudencialmente por el juez quien concederá la medida cautelar cuando

⁶² **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. El embargo y otras medidas cautelares. Op. cit., página 38.

⁶³ **ROCCO**, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977. Página 99.

⁶⁴ Silvia Barona Vilar se refiere a la verosimilitud como el término medio entre la certeza y la incertidumbre (**BARONA VILAR**, Silvia y otros. El Nuevo Proceso Civil. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Página 743).

⁶⁵ **RIVAS**, Adolfo. Las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Editorial Rodas. Lima, 2000. Página 40.

el peticionante le haya presentado una apariencia de derecho que lo persuada de un futuro resultado favorable.⁶⁶

En cualquier caso, se trata de un requisito cuya evaluación no es posible normarla al detalle, estando sometida a la decisión del juzgador que, para no ser arbitraria, deberá estar expresada en la resolución cautelar o en la denegatoria.⁶⁷

[El] artículo 611 del Código Procesal Civil exige que para conceder una medida cautelar, que exista verosimilitud en el derecho invocado por el actor en el proceso principal, [cuyo] análisis... debe resultar de los elementos incorporados al proceso que objetivamente puedan dar lugar a inferir la necesidad de conceder anticipadamente una medida preventiva en el proceso⁶⁸ (Sic).

Por ejemplo, un elemento objetivo para advertir la verosimilitud sería la conducta de la demandada “en el sentido que estando en calidad de deudora y habiendo constituido hipoteca sobre el inmueble a favor del demandante, procede a transferir este supuestamente a una acreedora que se encuentra en liquidación, en un precio mucho menor al valor tasado para constituir la hipoteca”⁶⁹.

⁶⁶ **TITO PUCA**, Yolanda Soledad. La tutela cautelar en el proceso constitucional de amparo. En: **GACETA JURÍDICA**. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica. Página 195 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

⁶⁷ **TITO PUCA**, op. cit., páginas 196.

⁶⁸ Extracto de la resolución de fecha 12 de abril de 2010 emitida en el Exp. N° 130-2010, por la Primera Sala Civil de la CSJ de Justicia de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 115.

⁶⁹ Extracto de la resolución de fecha 10 de agosto de 2010, emitida en el Exp. N° 994-2010, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 120.

O que, “de la revisión de la solicitud cautelar y los recaudos aparejados no se [adjunten]... pruebas que demuestren fehacientemente que la demanda de mejoras ha sido planteado dentro del plazo señalado por el artículo 595 del Código Procesal Civil”⁷⁰.

No obstante, “junto a esa inicial apariencia de buen derecho, lo esencial es la justificación del peligro que representa el perjuicio que... se ocasionaría al demandante”⁷¹.

4.4.3.2. El periculum in mora (peligro en la demora)

El llamado periculum in mora no es más que una valoración subjetiva del juez, en gran parte discrecional de la existencia de un hecho natural o voluntario y de su idoneidad o potencia para atentar contra los intereses sustanciales o procesales, produciendo la supresión o la restricción de ellos (declaración de certeza de una situación peligrosa). Puesto que se trata de una valoración subjetiva de la posibilidad o probabilidad de un daño, implica una previsión (previsibilidad del daño).⁷²

En otras palabras, es el fundado temor o real peligro de irreparabilidad –o grave daño- que existe de que no se pueda cumplir lo decidido en la sentencia en razón de los riesgos inherentes a la duración o dilación del proceso principal –aun cuando haya sido tramitado dentro de los plazos legales- por cuanto durante el proceso el deudor puede realizar actos malintencionados (desaparecer, disponer o

⁷⁰ Extracto de la resolución de fecha 18 de marzo de 2010, emitida en el Exp. N° 2428-09, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 132.

⁷¹ **MONTERO AROCA**, Juan y **FLORS MATÍES**, José. Amparo constitucional y proceso civil. Tirant lo blanch. Valencia, 2005. Página 423.

⁷² **ROCCO**, Ugo. Loc. cit.

usar sus bienes), que puedan hacer faltar o alterar situaciones o circunstancias de hecho favorables a la tutela jurisdiccional efectiva.

En efecto, “el trámite prolongado de los procesos es suficiente para que se dé el *periculum in mora* por cuanto resulta ingenuo pensar que el demandado (o el reconvenido), ante la posibilidad de perder litigio, no va a disponer de su patrimonio para así evitar su ejecución”⁷³. En ese sentido, el fundamento del peligro en la demora, es la duración o dilación del proceso principal que implica y torna necesario evitar riesgos para la ejecución o efectividad de la sentencia estimatoria.⁷⁴

El perjuicio que se alegue como derivado del peligro que justifique la adopción de la medida, ha de ser real y efectivo, nunca hipotético, y, además, de gravedad tal que sus consecuencias sean irreparables⁷⁵. “Este requiere ser alegado y justificado, mas no probado”⁷⁶, pues, por ejemplo, en un proceso de obligación de

⁷³ **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. El embargo y otras medidas cautelares. Op. cit., página 42.

⁷⁴ [N]o es el peligro genérico de daño jurídico, al cual se puede, en ciertos casos, obviar con la tutela ordinaria; sino que es, específicamente, el peligro del ulterior daño marginal que podría derivar del retardo de la providencia definitiva, inevitable a causa de la lentitud del procedimiento ordinario (**CALAMANDREI**, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. ARA Editores. Lima, 2005. Página 42). Este presupuesto se encuentra referido al daño constitucional que se produciría o agravaría, como consecuencia del transcurso del tiempo, si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así de efectividad a la sentencia que ponga fin al proceso (**VECINA CIFUENTES**, Javier. Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Colex. Madrid, 1993. Página 179).

⁷⁵ **MONTERO AROCA**, Juan y **FLORS MATÍES**, José. Op. cit., página 426.

⁷⁶ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 29. En el mismo sentido se ha dicho lo siguiente: “Si se tiene en cuenta que la medida cautelar importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable –artículo 612 del Código Procesal Civil–, y cuya finalidad es la de asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva, no resulta razonable que se exija la presentación de elementos probatorios que acrediten la existencia de hechos o situaciones reales o concretas respecto del peligro en la demora, para recién considerar necesaria la decisión preventiva, como si se requiere para determinar la verosimilitud del derecho invocado” (Extracto de la resolución de fecha 08 de julio de 2010, emitida en el Exp. N° 836-2010, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 147.

dar suma de dinero, “la sola probabilidad de que la parte demandada carezca de fondos al momento de ejecutarse una eventual sentencia estimatoria, no es suficiente para que exista peligro en la demora”⁷⁷ si se solicitase un embargo en forma de retención.

Además, debe ser apreciado “con relación a la urgencia en obtener protección especial, dados los hechos indicativos de la irreparabilidad o el grave daño que puede significar esperar al dictado de sentencia; de ahí que la medida cautelar no solo busque garantizar sino anticipar los efectos de dicho fallo.”⁷⁸.

El examen del peligro en la demora, a diferencia de la verosimilitud del derecho, es un juicio de certeza sobre la existencia del perjuicio que cierne sobre el derecho invocado. Señala Calamandrei que el juez debe establecer la existencia del temor de un daño jurídico, esto es, la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción de un derecho⁷⁹. Cabe agregar que en la medida innovativa y de no innovar, “este examen es más intenso, toda vez que debe apreciarse que el peligro es inminente, esto es, próximo a producirse el daño y que de no actuarse se ocasionará un daño irreparable.”⁸⁰

Según Priori Posada este presupuesto para su configuración deben concurrir dos caracteres: “a) El riesgo de daño jurídico debe ser causado por la demora; y b) El

⁷⁷ Extracto de la resolución de fecha 10 de septiembre de 2008, emitida en el Exp. N° 1553-2008, por la Primera Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 152.

⁷⁸ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Loc. cit.

⁷⁹ CAMA QUISPE, loc. cit.

⁸⁰ Ibídem.

riesgo jurídico debe ser eminente, lo que justifica la necesidad de dictar una medida cautelar, que tiene el carácter de urgencia”.⁸¹.

En síntesis, el temor debe ser fundado en el sentido de que puede dañar o perjudicar gravemente –incluso que se produzca un daño de imposible o difícil reparación- al demandante mientras el proceso principal culmine con una decisión final.

Aunque el numeral 2 del artículo 611 del CPC también faculta al juez dictar medida cautelar por cualquier otra razón justificable, el “peligro en la demora” constituye el “presupuesto específico y propio de las medidas cautelares, que, como tal, sólo en ellas es exigible”⁸². Es la verdadera causa o fundamento que autoriza la adopción de cualquier medida cautelar⁸³, y por ende “el elemento más importante a tomar en cuenta en el estudio de la medida cautelar”⁸⁴.

No en vano se ha dicho que “desde siempre se ha vinculado al otorgamiento de cautelas con el peligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia... De ahí que algunas leyes del pasado exigían que el juez comprobara personalmente la

⁸¹ **PRIORI POSADA**, Giovanni F. La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. Op. cit., página 39.

⁸² **RAMIRO PODETTI**, J. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tomo IV: Tratado de las Medidas Cautelares. 2º Edición, actualizada por el Dr. Víctor A. Guerrero Leconte. Foiab Ediar S.A. Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1955. Página 77.

⁸³ Ver: **FERNÁNDEZ**, Miguel Ángel. Derecho Procesal Civil III. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. Madrid, 1996. Página 409.

⁸⁴ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Loc. cit. En el mismo sentido **TITO PUCA**, op. cit., página 196 y 197.

existencia de dicho peligro como insoslayable requisito de admisión para otorgar cualquier cautela.”⁸⁵

Estamos de acuerdo con estas afirmaciones, puesto que en realidad las medidas cautelares son solicitadas y concedidas –en su caso- por el temor –o peligro inminente de que ocurra un daño o menoscabo a un derecho o interés- de que la pretensión del principal una vez amparada no pueda ser cumplida o ejecutada en los términos de la sentencia. En efecto, y si el peligro desaparece, también debe sucumbir la medida cautelar ya que no existe fundamento que la sostenga.

La razón de esta apreciación nos lo da el artículo 616º y 628º del Código Procesal Civil, el segundo de ellos prescribe sobre la sustitución de la medida cautelar en el supuesto de que el afectado preste garantía suficiente o deposite el monto fijado en la medida cautelar cuando se trate de una que garantice una pretensión dineraria. El primero de ellos regula sobre la improcedencia de las medidas cautelares respecto de medidas cautelares para futura ejecución forzada contra entidades del Estado (Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales y las universidades), por cuanto por su solvencia económica no constituye peligro en la demora en los procesos entablados contra aquellas entidades.

Para terminar, el artículo 611º del CPC también hace referencia a **cualquier otra razón justificable** “que en realidad no son sino maneras específicas de manifestaciones de peligro en la demora”⁸⁶ “que la prudencia de los jueces deberá apreciar en cada caso sopesando el valor de aquella verosimilitud, las consecuencias negativas de la espera sobre el derecho que se intenta proteger y

⁸⁵ **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo. Las cautelas procesales. Editorial San Marcos. Lima, 2009. Página 28.

⁸⁶ **RIVAS**, Adolfo Armando. Las medidas cautelares en el derecho peruano. Op. cit., página 45.

la asignación de una adecuada contracautela que resguarde el del sujeto sometido a la cautelar⁸⁷.

4.4.3.3. La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

La razonabilidad es un término muy usado en doctrina constitucional, cuyo significado no es pacífico en doctrina, puesto que los hay en donde lo tienen como sinónimo de proporcionalidad y adecuación ⁽⁸⁸⁾ ⁽⁸⁹⁾, o –junto con la proporcionalidad- como elemento de la adecuación⁹⁰, o como sinónimo de proporcionalidad y parte de ésta última; otros las consideran principios autónomos pero íntimamente relacionados⁹¹.

Al respecto el Tribunal Constitucional ha tenido pronunciamientos distintos, pues en un caso ha referido que el principio de razonabilidad forma parte del principio de proporcionalidad⁹², en otro los integra ambos conceptos⁹³, afirmando que “la

⁸⁷ *Ibídem*.

⁸⁸ Se afirma que “la razonabilidad importa justificar que la medida cautelar solicitada resulta adecuada para asegurar la eficacia de lo que se resolverá en el proceso principal, por ejemplo, ante una pretensión de obligación de dar suma de dinero, la medida cautelar idónea sería una medida cautelar de embargo en forma de inscripción y no una medida cautelar de anotación de demanda como se suele confundir en la práctica.” (**VERAMENDI FLORES**, Erick. La impugnación de decisión cautelar: A propósito de la oposición, en: *Manual del Código Procesal Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2010. Página 152 ((e-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 - 2014).

⁸⁹ Dictamen sobre el proyecto de Ley N° 3079/2008-CR. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>.

⁹⁰ **GUERRA CERRON**, María Elena. El acceso a la justicia cautelar: contenido de la decisión cautelar. *Revista Actualidad Jurídica*. N° 188. Julio 2009. Gaceta Jurídica. Página 36. Asimismo, ver: **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. cit., página 186 y siguientes.

⁹¹ **BUSTAMANTE ALARCON**, op. cit., página 165.

⁹² STC. EXP. N° 045-2004-PI/TC. Fundamento 29.

⁹³ STC. EXP. N° 2235-2004-AA/TC. Fundamento 6.

restricción de un derecho fundamental satisface el **principio de razonabilidad** cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional [y que]... el **principio de proporcionalidad** exige... que la medida limitativa satisfaga los sub criterios de idoneidad [o adecuación], necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. El principio de idoneidad comporta que toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo, es decir, que exista una relación de medio a fin entre la medida limitativa y el objetivo constitucionalmente legítimo que se persigue alcanzar con aquél.”⁹⁴ (Resaltado nuestro).

En ese orden de ideas, el principio de razonabilidad exige que cualquier restricción de derechos fundamentales tenga como fundamento el logro de un fin constitucionalmente valioso y que el medio empleado para ello sea idóneo, necesario y proporcional a dicha restricción.

A decir de Luján Tupez⁹⁵, la razonabilidad trata de solucionar un conflicto o al menos encontrar una solución menos traumática para los que litigan. Con ello se evita, pues, arbitrariedades y se está al llamado paz social en justicia.

Sólo así la razonabilidad se traduce en un límite impuesto a la actuación del Estado y de los particulares con la finalidad de evitar arbitrariedades, abusos, desequilibrios sociales y económicos que menoscaben las bases democráticas pilares de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho.

Trasladando la razonabilidad a las medidas cautelares como presupuesto de éstas se tiene que el órgano jurisdiccional al dictarlas debe sopesar los derechos e

⁹⁴ Ibídem.

⁹⁵ **LUJÁN TUPEZ**, Manuel Estuardo. Teoría de la Argumentación. En Razonamiento Jurídico. Gaceta Jurídica. Lima, 2004. Página 327.

intereses de los justiciables (porque puede ser que tanto el favorecido como el afectado –y hasta un tercero- se vean dañados con la cautelar) para de esta manera no incurra en excesos, puesto que muchas veces litigantes temerarios las solicitan con la finalidad de obtener ventajas indebidas.

En otras palabras, una medida cautelar razonable es aquella menos gravosa para el afectado y la mínimamente eficaz para el favorecido con ella, y a esto se llega mediante un estudio y selección de todas aquellas medidas restrictivas pasibles de imponer que cumplan con los requisitos de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, el estudio debe llegar a la conclusión de que con la concesión de la medida cautelar se ha obtenido un fin legítimo (**idoneidad**), que de entre todas las medidas idóneas habidas es la menos dañina para el afectado (**necesidad**) y que la ventaja obtenida de la restricción del derecho compensa el sacrificio de su titular (**ponderación o proporcionalidad en sentido estricto**).

En ese sentido Francisco Ramos⁹⁶ afirma que la medida cautelar proporcionada en sentido estricto, es aquella medida cautelar óptima, en la que sus costes son inferiores a sus beneficios, y es desproporcionada cuando sus costes son muy superiores a los beneficios que se esperan de ella.

4.4.4. CARACTERÍSTICAS.

El artículo 612º del CPC, describe las características de la medida cautelar, al anotar que toda medida cautelar **importa un prejuzgamiento y es provisoria, instrumental y variable**. En cambio la doctrina apunta otras más, pues al referirse a ellas se enumera las siguientes: jurisdiccionalidad, instrumentalidad,

⁹⁶ Ver: **RAMOS ROMEU**, Francisco. Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico. Editorial Atelier. Barcelona, 2006. Página 447 y 448.

provisionalidad, mutabilidad y flexibilidad, funcionalidad y homogeneidad⁹⁷. A estas se agregan la sumariedad, variabilidad, función aseguradora, reserva y proporcionalidad⁹⁸, y a estas, se suman la autonomía y contingencia⁹⁹. No obstante, a continuación desarrollaremos las establecidas en el CPC:

4.4.4.1. Importan un prejuzgamiento.

Para dictar la medida cautelar, el juez no necesita prejuzgar sobre el fondo de lo que es materia del petitorio de la pretensión objeto del proceso principal, aunque sí es necesario persuadirse que el derecho (pretensión principal) respecto del cual se pide cautela sea verosímil; vale decir que el juzgador, a través de una “cognición sumaria” y de un cálculo de probabilidades, debe valorar convenientemente la existencia del derecho invocado y persuadido de ello, conceder la cautela solicitada.¹⁰⁰

En efecto, toda medida cautelar importa un prejuzgamiento porque “el proceso de cognición del trámite cautelar no es exigente o exhaustivo como acontece en el proceso principal, por cuanto en una solicitud de medida cautelar se quiere acreditar la existencia de una razonable probabilidad, de conformidad con lo previsto en el artículo 612 del Código Adjetivo”¹⁰¹.

⁹⁷ **RIVAS**, Adolfo Armando. Las medidas cautelares en el derecho peruano. Op. cit., página 39.

⁹⁸ **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. El Embargo y Otras Medidas Cautelares. Op. cit., página 27.

⁹⁹ **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. cit., páginas 139 a 165.

¹⁰⁰ **PELÁEZ BARDALES**, Mariano, Alberto. Medidas cautelares en el proceso civil. Op. cit., página 17.

¹⁰¹ Resolución N° 4, Expediente N° 3881 1-2009-47-1801-SP-C1-01 (N° de Sala: 1348-2010-47), conocido por la Primera Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 79.

4.4.4.2. Provisionalidad.

Esta característica es una cualidad ínsita de las medidas cautelares porque se mantienen en tanto continúen existiendo, de manera invariable, las situaciones que influenciaron su dación. Es decir, duran mientras no sean sustituidas por un pronunciamiento que las modifique o revoque, por ende, es imposible que alcance la inmutabilidad de plano. Siendo “el supuesto más prolongado, cuando se expida la sentencia o auto que ponga fin a la relación procesal.”¹⁰²

4.4.4.3. Instrumentalidad.

La tutela cautelar es “*instrumental* por ser medio de preservación de una situación jurídica material activa (objeto de otro proceso) y del resultado útil y eficaz de la tutela definitiva satisfactiva (de certificación y/o efectivación). Es el instrumento de protección de otro instrumento (la tutela jurisdiccional satisfactiva), por eso es comúnmente adjetivada como “instrumental al cuadrado”. Por ejemplo: el bloqueo de valores del deudor incumplidor es instrumento aseguratorio del derecho de crédito del acreedor. La *tutela cautelar* no tiene un fin en sí misma, pues sirve a otra tutela (cognitiva o ejecutiva), de modo a garantizarle la efectividad y la utilidad”¹⁰³.

¹⁰² **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. cit., página 153.

¹⁰³ **DIDIER JÚNIOR**, Fredie; **SARNO BRAGA**, Paula y **SANTOS DE OLIVEIRA**, Rafael. Todavía sobre la distinción entre tutela anticipada y tutela cautelar. Artículo publicado en **GACETA JURÍDICA**. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica. Páginas 332 y 333 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

Siguiendo a Ortell Ramos¹⁰⁴ la medida cautelar no es un fin en sí misma, sino que sirve de medio para conseguir la finalidad del proceso principal. Es decir, se desarrolla en función de un proceso principal. Como lo decía el maestro Calamandrei, es el instrumento del instrumento, pues sirve para garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva, asegurando el buen funcionamiento de ésta.

El Código Procesal Civil recoge esta característica en los artículos 608º, 612º y 630º. En el primero de ellos da cuenta perfecta del carácter instrumental de la medida cautelar al conceptualizar que *tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva*. De ello se colige su sujeción al fallo definitivo, y en ese orden de ideas, si el proceso principal se extingue antes de la decisión definitiva, entonces ya no habrá finalidad que garantizar, y el instrumento al carecer de objeto de protección ya no tiene razón de ser, entonces decae al igual que el principal.

Así las cosas, la característica en estudio se puede notar a lo largo de todo el proceso principal, pues ésta se extingue, por ejemplo, cuando la demanda principal no se interpone dentro del plazo establecido si se la ha concedido previamente a la interposición de ésta¹⁰⁵, o cuando hay desistimiento de la acción, allanamiento, transacción o cuando se emite sentencia definitiva, ya sea favorable (en este supuesto se da paso al cumplimiento de lo decidido) o desfavorable (en este caso la medida queda cancelada, en principio, conforme el artículo 630º del CPC) para el actor.

¹⁰⁴ **ORTELLS RAMOS**, Manuel. El proceso cautelar, en derecho jurisdiccional. Bosch Editores. Barcelona, España, 1995. Página 637.

¹⁰⁵ Esta característica también se manifiesta al momento de su admisión cuando existe previamente un proceso principal.

A pesar de que en la actualidad el carácter instrumental de la medida cautelar se ha consolidado doctrinaria y normativamente, cabe anotar que la polémica desatada por la doctrina está en considerarla como característica primordial o más importante de las medidas cautelares o como una característica más de éstas. Nosotros, evitamos cualquier expresión que nos interne en esta polémica y sólo nos limitamos, simplemente, a recalcar lo ya anotado, esto es que la medida cautelar es el medio para lograr la eficacia del fallo definitivo, que a su vez efectiviza el derecho material.

4.4.4.4. Variabilidad.

La provisionalidad de la medida cautelar se debe a que su dación es una decisión no definitiva, y por ende permanece en tanto no se modifiquen las condiciones que se tuvieron en cuenta para concederla. Si se modifican tales condiciones, la medida puede variar de forma, de bienes en que recae, etc.; a eso se refiere la variabilidad de la medida cautelar. Esto es a su transformación, mas no a su revocación.

Al respecto se ha precisado que “**la medida cautelar es variable** porque puede sufrir cambios en cualquier estado del proceso, o sea, es dinámica, pudiendo transformarse permanentemente. En consecuencia, se puede modificar la forma de la medida de cautela, variar los bienes sobre los que recae o su monto, y sustituir al órgano de auxilio judicial.”¹⁰⁶

4.4.5. PROCESO CAUTELAR.

4.4.5.1. Autonomía del proceso.

¹⁰⁶ **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 1208.

Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un proceso autónomo para el que se forma cuaderno especial (artículo 635).

Es conocido que son los procesos de cognición (conocimiento, abreviado y sumarísimo), el proceso cautelar y el proceso de ejecución los que resuelven los conflictos de intereses intersubjetivos y a la vez son manifestaciones de la tutela jurisdiccional efectiva.¹⁰⁷ Cada uno de dichos procesos tiene una finalidad concreta, el cautelar tiene la de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva. En ese orden de ideas el proceso cautelar es autónomo en cuanto persigue una finalidad, sin embargo es subordinado al proceso principal.

4.4.5.2. Competencia y oportunidad.

El juez competente para dictar medidas cautelares es aquel que se encuentra habilitado para conocer de las pretensiones de la demanda; teniendo facultades para conceder una medida antes de iniciado el proceso o dentro de éste, salvo disposición distinta. Si se solicitan medidas cautelares fuera de proceso, destinadas a asegurar la eficacia de una misma pretensión, deben solicitarse ante el mismo juez, bajo sanción de nulidad de las resoluciones cautelares dictadas, **debiendo el solicitante expresar claramente la pretensión a demandar (artículo 608° del CPC).**

Puede darse el caso que por impedimento, recusación, excusación o abstención se disponga que el conocimiento del proceso principal pase a otro Juez, en ese caso éste conocerá también del proceso cautelar (**artículo 609° del CPC**).

4.4.5.3. Medida cautelar fuera de proceso.

¹⁰⁷ **TORRES ALTEZ**, Dante y **RIOJA BERMÚDEZ**, Alexander. El proceso único de ejecución. Mecanismos de ejecución y de defensa. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2014. Página 9.

El CPC faculta a los justiciables a solicitar medidas cautelares antes de iniciado el proceso principal, en cuyo caso el solicitante, si aún no ha interpuesto la demanda, tiene un plazo de diez días para interponerla, el cual se computa dentro de los diez días posteriores a la ejecución de la medida. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. Si no se interpone la demanda en el plazo señalado, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación (**artículo 636° del CPC**).

4.4.5.4. Requisitos de la solicitud.

El CPC establece qué requisitos **debe cumplir** el solicitante de una medida cautelar, no siendo facultad de este plasmarlas o no en su solicitud, por ello, aunque no lo establezca el **artículo 610° del CPC**, su omisión acarrea la inadmisibilidad de la petición en virtud del artículo 426°¹⁰⁸ del mismo cuerpo legal que regula sobre la inadmisibilidad de la demanda que en suma también es una solicitud. Los requisitos son los siguientes:

- **Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar.** Este requisito se refiere a las razones que debe exponer el solicitante respecto de los presupuestos de la medida cautelar establecidos en el artículo 611° del CPC., por tanto no se cumple con este requisito con solo mencionar los referidos o hacer un desarrollo doctrinario de ellos, sino que se debe

¹⁰⁸ “**Artículo 426.-** El Juez declarará inadmisile la demanda cuando: 1. No tenga los requisitos legales...”

justificar por qué el derecho invocado es verosímil o por qué corre peligro o por qué es razonable la medida solicitada.

- **Señalar la forma de la medida**, esto es indicar qué medida está solicitando de entre las reguladas por el CPC.
- **Indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación.**
- **Ofrecer contracautela.** Cabe agregar que el juez tiene cierta discrecionalidad respecto a la admisión de la contracautela, pues en cuanto a su naturaleza y monto este puede aceptar la propuesta por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar (Segundo párrafo del artículo 613° del CPC).
- **Designar el órgano de auxilio judicial correspondiente.**

4.4.5.5. Contenido de la decisión cautelar.

El **artículo 611° del CPC** establece, bajo sanción de nulidad, los requisitos que debe cumplir una resolución que concede una medida cautelar, siendo deber del juez fundamentarlos atendiendo a la adecuación de la medida, la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, siempre que, de lo expuesto y la prueba presentada por el demandante, aprecie:

- La verosimilitud del derecho invocado.

- La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso o por cualquier otra razón justificable.
- La razonabilidad de la medida para garantizar la eficacia de la pretensión.

Además, dicha resolución solo debe afectar bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso. Asimismo, debe precisar la forma, naturaleza y alcances de la contracautela. La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar es debidamente motivada, bajo sanción de nulidad.

4.4.5.6. Caso especial de procedencia.

No obstante lo dicho en el apartado anterior, en el **artículo 615° del CPC** se ha regulado que no es preciso cumplir con los requisitos exigidos en los incisos 1 y 4 del Artículo 610° del CPC, cuando se ha obtenido sentencia favorable, aunque esta fuera impugnada.

Al respecto, es necesario precisar que el inciso 1 del artículo 610° hace referencia a los presupuestos generales de todas las medidas cautelares, esto es a la verosimilitud del derecho, peligro en la demora y la razonabilidad de la medida, siendo solo estos los exceptuados de fundamentar, por lo que si la solicitud se refiere a una medida para cuya concesión concurren además otros requisitos especiales, estos tienen que ser fundamentados. Por ejemplo, si se solicita una medida innovativa se tiene que explicar, entre otros, **la inminencia de un perjuicio irreparable**.

Puede ocurrir que el solicitante cumpla con sustentar su pedido; sin embargo cuando la medida afecte derechos fundamentales cabe la posibilidad de ser

rechazada como en el presente caso: “Tercero: Que del análisis de lo actuado se establece que en efecto el Ministerio demandante ha obtenido sentencia favorable a su reclamo de nulidad de la Resolución Administrativa N° 191-90-PE/OP, siendo que su pretensión cautelar se formula en base a la aludida sentencia; que sin embargo tal pretensión no es estimable por ahora en consideración además a que acoger el pedido de esta parte en el sentido de anular los efectos de la aludida Resolución Administrativa, afectaría de manera intensa e irreparable el sustento alimenticio de la demandada puesto que se quiere que provisionalmente se elimine la pensión, cuando tal pedido implica la ejecución anticipada de lo ordenado en la sentencia, cosa que no es permisible más aun cuando tiene que ver con el único sustento fundamental alimenticio cual es la pensión, por lo que el aseguramiento de la eficacia de la sentencia puede lograrse de otras formas”¹⁰⁹.

4.4.5.7. Casos especiales de improcedencia.

No proceden medidas cautelares para futura ejecución forzada contra:

- Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial.
- El Ministerio Público.
- Los órganos constitucionales autónomos.
- Los Gobiernos Regionales y Locales.

¹⁰⁹ Extracto de la resolución de fecha 02 de agosto de 2010, emitida en el Exp. N° 1355-2010, por la Primera Sala Especializada en lo Contencioso Administrativo de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., páginas 414 y 415.

- Las universidades.
- Los bienes de particulares asignados a servicios públicos indispensables que presten los Gobiernos referidos en el párrafo anterior, cuando con su ejecución afecten su normal desenvolvimiento.

4.4.5.8. Variación de la medida cautelar.

La variabilidad de la medida cautelar “implica que la medida dictada puede ser modificada para lograr simetría entre ella y la naturaleza, magnitud o extensión de la tutela ordenada. Cuando no se aprecia este equilibrio, el sistema cautelar permite que cualquiera de las partes puedan buscar modificarla, a través de la mejora, ampliación, reducción y sustitución de la ya ordenada medida cautelar.”¹¹⁰

En efecto, el **artículo 617° del CPC** prescribe que tanto el titular de la medida como el afectado con esta, en cualquier estado del proceso, pueden solicitar la variación de la medida cautelar ya sea para: **1.** Modificar su forma. **2.** Variar los bienes sobre los que recae. **3.** Variar su monto. **3.** Sustituir al órgano de auxilio judicial; precisando que en caso lo solicite la parte afectada, el pedido se resolverá previa citación a la otra parte.

4.4.5.9. Sustitución de la medida.

Cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el Juez de plano la sustituirá. La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el

¹¹⁰ Extracto de la resolución de fecha 05 de agosto de 2009, emitida en el Exp. N° 1364-2009, por la Primera Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 190.

interés legal. Esta decisión es inimpugnable. También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días (artículo 628° del CPC).

4.4.5.10. Concurrencia de medidas cautelares.

Cuando dos o más medidas afectan un bien, estas aseguran la pretensión por la que han sido concedidas, atendiendo a la prelación surgida de la fecha de su ejecución. Si no se pudiera precisar fehacientemente la prelación, se atenderá a la establecida por los derechos que sustentan la pretensión (**artículo 639° del CPC**).

4.4.5.11. Medida cautelar genérica.

La realidad cada vez nos pone enfrente hechos que nunca serán recogidos por la ley en su totalidad; el legislador consciente de ello ha establecido la medida cautelar genérica, con la finalidad de salvar esa disparidad y así el órgano jurisdiccional pueda emitir un pronunciamiento cuando se solicite una forma de medida cautelar no contemplada en el código adjetivo.

En ese sentido se ha regulado que además de las medidas cautelares reguladas en el CPC y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva (**artículo 629 del CPC**).

Hay que anotar que dicha medida no escapa al cumplimiento de los requisitos y presupuestos establecidos en el CPC. Se debe tener en cuenta también que esta solo se concederá en caso las otras medidas no sean adecuadas para la protección del derecho.

4.4.5.12. Medida anticipada.

El artículo 618° del CPC prescribe: Además de las medidas cautelares reguladas, el Juez puede adoptar medidas anticipadas destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva. A este efecto, si una medida se hubiere ejecutado sobre bienes perecibles o cuyo valor se deteriore por el transcurso del tiempo u otra causa, el Juez, a pedido de parte, puede ordenar su enajenación, previa citación a la contraria. La enajenación puede sujetarse a las estipulaciones que las partes acuerden. El dinero obtenido mantiene su función cautelar, pudiendo solicitarse su conversión a otra moneda si se acreditara su necesidad. La decisión sobre la enajenación o conversión es apelable sin efecto suspensivo.

La facultad a que se hace referencia en el citado artículo solo puede ejercerse a pedido de parte, y con la finalidad de anticipar determinados efectos de la sentencia próxima a dictarse en el proceso principal; siendo el segundo párrafo del referido artículo una hipótesis de la medida anticipada.¹¹¹

4.4.5.13. Medida innecesaria.

Si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga (**artículo 627° del CPC**).

4.4.5.14. Sanciones por medida cautelar innecesaria o maliciosa.

¹¹¹ Ver: **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., páginas 1216 y 1217.

Las sanciones por la obtención de una medida cautelar innecesaria o maliciosa están reguladas en el **artículo 621° del CPC**, que prescribe que en caso se declare infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta **pagará las costas y costos del proceso cautelar**, una **multa no mayor de diez Unidades de Referencia Procesal** y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a **indemnizar los daños y perjuicios ocasionados**, que será fijado por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días. La resolución que determine costas, costos y multa es apelable sin efecto suspensivo; la que establece la reparación indemnizatoria lo es con efecto suspensivo.

El artículo citado advierte que “nuestro ordenamiento jurídico únicamente hace posible reclamar los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de una medida cautelar innecesaria o maliciosa cuyo proceso principal ha concluido al ser declarado infundado,... guardando silencio respecto de los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de medidas cautelares cuyo proceso principal concluyó en alguna forma especial del proceso, con o sin declaración sobre el fondo (desistimiento, allanamiento, amparo de una excepción o defensa previa, improcedencia de la demanda, abandono del proceso, etc.); o, simplemente si se modifica la decisión contenida en el proceso cautelar (caducidad de la medida cautelar, amparo de la oposición a la medida cautelar, etc.). Estos supuestos no se encuentran regulados por nuestro ordenamiento procesal, por lo que los daños y perjuicios ocasionados no son reconocidos por el órgano jurisdiccional.”¹¹²

4.4.5.15. Deterioro o pérdida de bien afecto a medida cautelar.

¹¹² VERAMENDI FLORES, Erick. Restricción a la tutela jurisdiccional efectiva e indemnización por ejecución de medida cautelar innecesaria o maliciosa. En: GACETA JURÍDICA. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica. Páginas 163 y 164 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

El peticionante de la medida y el órgano de auxilio judicial respectivo, son responsables solidarios por el deterioro o la pérdida del bien afecto a medida cautelar. Esta responsabilidad es regulada y establecida por el Juez de la demanda siguiendo el trámite previsto en el Artículo 621 (artículo 622° del CPC).

4.4.5.16. Afectación de bien de tercero.

La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, **siempre que haya sido citado con la demanda**. Ejecutada la medida, el tercero está legitimado para intervenir en el proceso principal y en el cautelar (artículo 623).

El tercero a que se hace referencia es un tercero legitimado, al que la decisión definitiva lo podría perjudicar, por ello se ha regulado que, antes de que sus bienes sean afectados, este sea citado con la demanda; de no ser así no podría intervenir en el proceso principal como tal. Lo expuesto nos lleva a inferir también que no sería procedente una medida cautelar fuera del proceso.

4.4.5.17. Responsabilidad por afectación de bien de tercero.

Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado.

El peticionante pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario.

Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar (**artículo 624 del CPC**).

A diferencia del apartado anterior, el tercero a que se hace referencia es un tercero no legitimado, que en vía cautelar está legitimado a pedir la desafectación de su bien o bienes, sin perjuicio, claro está, de trabar una demanda sobre tercería.

4.4.5.18. Cancelación de la medida cautelar.

Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria (**artículo 630° del CPC**).

4.4.5.19. Trámite de la medida.

La solicitud cautelar es concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada en atención a los fundamentos y prueba de la solicitud. Si el auto que la resuelve deniega la petición procede apelación, en cuyo caso, el demandado no es notificado y el superior absuelve el grado sin admitirle intervención alguna. En caso de medidas cautelares fuera de proceso, el juez debe apreciar de oficio su incompetencia territorial.

Una vez dictada la medida cautelar, la parte afectada puede formular oposición dentro de un plazo de cinco días, contado desde que toma conocimiento de la resolución cautelar, a fin de que pueda formular la defensa pertinente. La

formulación de la oposición no suspende la ejecución de la medida. De ampararse la oposición, el juez deja sin efecto la medida cautelar. La resolución que resuelve la oposición es apelable sin efecto suspensivo (**artículo 637° del CPC**).

4.4.5.20. Ejecución de la medida.

La ejecución de la medida será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar (**artículo 641° del CPC**).

4.5. LA CONTRACAUTELA

4.5.1. CONCEPTO.

La contracautela o caución es “la garantía que deben aportar aquellos que solicitan alguna medida cautelar, para asegurar la reparación de los eventuales daños y perjuicios que se pudieran generar por la traba de ellas en el supuesto de haber sido decretadas indebidamente”¹¹³. Es decir, es “una garantía respecto de

¹¹³ **TARAMONA**, José Rubén. Procesos de ejecución y procesos cautelares. Teórico – Práctico. Editorial Huallaga. Lima, mayo 1996. Página 123. En el mismo sentido **MONTENEGRO CANNON**, Marcela. La cautela en el proceso civil peruano. Gráfica Horizonte S.A. Lima, 2000. Página 172.

otra trabada en contra. [Por decirlo de otra forma, es] la ‘cautela’ del demandado”¹¹⁴ que “[restaura] el equilibrio perdido al otorgarse la medida [cautelar]”¹¹⁵.

La contracautela, es pues, una institución procesal de garantía del resarcimiento de los posibles daños derivados de la ejecución de una medida cautelar. Por decirlo concretamente, es una contragarantía procesal, en el sentido de que es una garantía –para el afectado- cuando la garantía –medida cautelar- resulte cancelada como consecuencia de la desestimación de la demanda principal o la revocación de la medida cautelar.

4.5.2. FINALIDAD

La contracautela opera como “cautela de la cautela”¹¹⁶. Según doctrina dominante¹¹⁷, a la cual sigue el artículo 613° del CPC, la contracautela tiene por finalidad asegurar al afectado con una medida cautelar el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. Es decir, tiene finalidad indemnizatoria.

Así pues, la contracautela protege los derechos e intereses del afectado, por una medida cautelar, ante la contingencia de declararse infundada la pretensión del solicitante de tal medida o ésta es revocada. Así las cosas, es el peligro de declararse infundada la demanda –con la consecuente cancelación de la medida

¹¹⁴ **MONROY PALACIOS**, Juan José. La tutela procesal de los derechos. Palestra Editores. Lima, 2004. Página 264.

¹¹⁵ **CALDERÓN CUADRADO**, María Pía. Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil. Editorial Civitas S.A. Lima, 1992. Página 52.

¹¹⁶ **CALAMANDREI**, op. cit., página 64.

¹¹⁷ Ver: **CHIOVENDA**, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940. Página 282. De igual manera: **De LAZZARI**, Eduardo Nestor. Medidas Cautelares. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata, 1988. Página 12.

cautelar- una de las razones que permite la admisión de la contracautela, pues también lo es la duración o dilación del proceso.

La contracautela actúa como contrapeso de la cautela que hace que las relaciones entre los sujetos procesales se equilibren, logrando la igualdad, o en palabras de Ramiro Podetti y de Raúl Martínez¹¹⁸, concreta o se funda en el principio de igualdad, pues contrarresta la falta de contradictorio inicial del proceso cautelar, pues reemplaza en cierta medida a la bilateralidad o controversia.

En suma, da seguridad al afectado garantizando el efectivo resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por la ejecución de la medida cautelar si el derecho del favorecido, cuyo amparo se solicita, no existe.

Sin embargo, la profesora Eugenia Ariano Deho¹¹⁹, comentando la Ley N° 29384, refiere que la caución juratoria es “una farsa”, y que “el neo legislador procesal, en lugar de sincerar el sistema y establecer que no toda resolución concesoria de tutela cautelar requiere para su eficacia que se constituya una garantía de los eventuales daños o, lo que es lo mismo, que según las circunstancias el juez puede o no establecer la constitución de una garantía para la eventual indemnización de los daños que pudiera provocar la ejecución de la medida, ha establecido que el juez puede dar por “buena” la caución juratoria siempre que ella le resulte “proporcional y eficaz”. Y la verdad es que jamás una mera promesa de indemnizar los daños es “proporcional y eficaz”. Así que la reforma suena a burla.”

¹¹⁸ Ver: **MARTINEZ BOTOS**, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial La Universidad. Buenos Aires, 1994. Página 56.

¹¹⁹ ARIANO DEHO, Eugenia. ¿Un cautelar “renovado”? entre los ajustes y los temas pendientes. *Manual de actualización Civil y Procesal Civil*. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2010. Páginas 22 y 23.

Una idea interesante que completa la de la profesora Ariano Deho, respecto a la posibilidad de no constituir contracautela, es la vertida por la resolución de fecha 17 de marzo del 2009, emitida en el Exp. N° 02542-2008¹²⁰, por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. En dicha resolución se afirma en síntesis que la cuantía de la contracautela es inversamente proporcional a la verosimilitud del derecho y a la “inminencia o probabilidad del acaecimiento de los posibles perjuicios a resguardar”, es decir “cuanto mayor resulte la credibilidad del derecho en cuya virtud se procede, menos gravosa será la contracautela y a la inversa”.

4.5.3. NATURALEZA.

Existe, en doctrina, un debate sobre la naturaleza jurídica de la caución –o contracautela para nuestro CPC-. En efecto, para algunos, es un presupuesto¹²¹ de la medida cautelar¹²², y para otros, es un requisito de ejecución de la medida cautelar. Asimismo, cabe agregar que existe una postura intermedia.

Alfredo Jorge Di Dorio, citado por Juan José Monroy Palacios, refiere que en el análisis de la solicitud de medida cautelar, primero se califica los presupuestos cautelares (peligro en la demora, verosimilitud del derecho y adecuación), y, solo posterior a ello, se estudia la viabilidad de la contracautela, constituyendo un **requisito de actuación de la medida** (o de ejecución en sentido lato), más no de

¹²⁰ Resolución recogida por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., página 54.

¹²¹ Ver: **MONTENEGRO CANNON**, op. cit., página 173. **TARAMONA**, loc. cit.

¹²² **CALDERÓN CUADRADO**, op. cit., páginas 50 y 51.

procedencia. Por tanto, la contracautela **no es en realidad un presupuesto para la concesión de las medidas cautelares, sino para su ejecución**¹²³.

Monroy Palacios¹²⁴ niega a la contracautela el carácter de presupuesto de la medida cautelar; esgrime como razones que el juez no está obligado a precisarla, que no siempre existe afectación del patrimonio del que sufre la medida cautelar y que en todo caso es **requisito para su actuación** mas no para la conceder la medida.

Marianella Ledesma¹²⁵, tiene una postura interesante, refiere que **la contracautela** no es un elemento de la medida cautelar sino un presupuesto para la resolución cautelar y por ende, **para la ejecución de ella**, y que en ese sentido, el artículo 611° del Código Procesal Civil, precisa que la contracautela forma parte de la resolución cautelar mas no de la medida cautelar en sí.

La postura intermedia¹²⁶, admite que en general la contracautela es presupuesto de las medidas cautelares. No obstante ello aseguran que se debe tener en cuenta la regulación de cada una de ellas a efectos de determinar si es presupuesto de la medida cautelar o de su ejecución, por cuanto la contracautela no siempre es requerida en las medidas cautelares.

¹²³ Ver: **PRIORI POSADA**, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores. Página 239.

¹²⁴ **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. cit., páginas 199 y 200.

¹²⁵ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 27. La misma opinión la encontramos en **OBANDO BLANCO**, Víctor. Temas del Proceso Civil. Jurista Editores. Lima, 2003. Página 226.

¹²⁶ Ver: **ORTELLS RAMOS**. Manuel. La tutela judicial cautelar en el derecho español. Editorial Comares S.L. Granada, 1996. Página 16. Del mismo modo: **CALDERÓN CUADRADO**, op. cit., páginas 52 y 53. **JOVÉ**, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona – España, 1995. Páginas 72 y 73.

En efecto, en doctrina procesal mayoritaria se establecen como presupuestos de las medidas cautelares al *fumus boni iuris*, al *periculum in mora* y a la adecuación (entendida como relación recíproca o correspondencia entre la solicitud cautelar y su objeto)¹²⁷, presupuestos a los cuales nuestro CPC agrega el de razonabilidad.

Estos presupuestos, con algunos matices, los encontramos en todas las medidas cautelares reguladas, y no se puede prescindir de ellos al momento de decidir sobre el pedido de medida cautelar, en cambio la contracautela si es prescindible, por ejemplo, en los pedidos cautelares realizados en procesos sobre violencia familiar¹²⁸, en procesos entablados por el Estado¹²⁹. Asimismo, también se abstrae de contracautela a la parte a quien se le ha concedido Auxilio Judicial¹³⁰ y al que obtuvo sentencia favorable, aunque fuera impugnada¹³¹.

Por tanto, **los presupuestos arriba anotados constituyen el motivo, la causa o el fundamento para dictar una medida cautelar**, mientras que la contracautela no goza de ese privilegio al ser prescindible, tal como quedó demostrado.

La contracautela, según el CPC, es un **requisito de la solicitud**¹³² de la medida cautelar, y **contenido de la resolución cautelar**¹³³ que la dicta. Asimismo, su **admisión**¹³⁴, es decidida por el juez, teniendo en cuenta que para **admitir**¹³⁵ la

¹²⁷ Ver: **MONROY PALACIOS**, Juan José. La tutela procesal de los derechos. Op. cit., página 266. Asimismo, **PRIORI POSADA**, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Loc. cit.

¹²⁸ Ver: artículo 11º, in fine del TUO de la Ley 26260, Ley de Protección Frente a la Violencia Familiar.

¹²⁹ Primer párrafo del artículo 614º del Código Procesal Civil.

¹³⁰ Primer párrafo del artículo 614º del Código Procesal Civil.

¹³¹ Artículo 615º del Código Procesal Civil.

¹³² Inciso 4 del artículo 610º del Código Procesal Civil.

¹³³ Penúltimo párrafo del artículo 611º del Código Procesal Civil.

¹³⁴ Segundo párrafo del artículo 613º del Código Procesal Civil.

caución juratoria, esta debe estar debidamente fundamentada, ser proporcional y eficaz.

Congruente con la postura del CPC es la expuesta por la profesora Ariano Deho¹³⁶, quien afirma que “de lo dispuesto en el artículo 611 del CPC se infiere claramente que la resolución concesoria de tutela cautelar *tiene necesariamente* que contener una *doble previsión*: una a favor del solicitante (que es aquella que lo protege del peligro que amenaza su aparente derecho) y otra a favor de la contraparte (que lo cautela frente a los probables daños que le pueda producir la constitución de la *situación cautelante*).” Y sigue, agregando que “[de] este *doble contenido* de toda medida cautelar solo se puede prescindir en los supuestos previstos en el artículo 614 del CPC, es decir, cuando el solicitante de la cautela sea una dependencia del Estado, una universidad o aquel que haya obtenido “auxilio judicial” (o sea, el beneficio de litigar sin gastos). Luego, en nuestro ordenamiento el juez instado para la concesión de una medida cautelar, una vez que haya determinado la concurrencia del *fumus* y del *periculum*, “en la misma resolución”, debe necesariamente establecerla. Lo que no deja duda de que el establecimiento de una “contracautela” constituye “elemento integrante de la medida cautelar”.”

4.5.4. POTESTAD JURISDICCIONAL.

En lo que respecta a la contracautela el Juez, en la resolución correspondiente, debe precisar su forma (hipoteca o caución juratoria), naturaleza (real o personal) y alcances (monto y vigencia) (Penúltimo párrafo del artículo 611° del CPC).

¹³⁵ Tercer párrafo del artículo 613° del Código Procesal Civil.

¹³⁶ **ARIANO DEHO**, Eugenia. La tutela cautelar entre certezas y dudas. Reflexiones sobre el momento de producción de sus efectos. Artículo publicado en **GACETA JURÍDICA**. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica. Páginas 29 y 30 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

Asimismo, en cuanto a su naturaleza y monto, el juez tiene la última palabra, pudiendo éste **aceptar** la propuesta por el solicitante, **graduar** el monto o alcances, **modificar** la forma o **cambiar** la naturaleza de la contracautela por la que sea necesaria para garantizar los eventuales daños que pueda causar la ejecución de la medida cautelar (Segundo párrafo del artículo 613° del CPC).

En ese sentido el Juez puede optar por admitir la contracautela propuesta o bien elevar el monto ofrecido, exigir el ofrecimiento de una fianza por la caución juratoria o cambiar la contracautela personal por una de naturaleza real.

Asimismo, los órganos jurisdiccionales, al dictar medidas cautelares deben ser prudentes, pues deben evaluar *a priori* los posibles daños que ocasionaría la ejecución de las medidas cautelares, para de esa manera otorgarlas con la garantía suficiente que las haga eficaces a la hora de ejecutarlas.

En ese sentido, al admitir la caución juratoria, debe evaluar, su fundamento y proporcionalidad, con la finalidad de lograr su eficacia al momento de resarcir los daños. Pero en suma, la caución juratoria debe ser admitida excepcionalmente, pues, en sí, no garantiza nada, y su admisión puede devenir en abusiva e ilusoria en cuanto al resarcimiento de los daños y perjuicios que ocasiona la ejecución de una medida cautelar.

Solo así se controlará y evitará los abusos judiciales y la mala fe de abogados y litigantes. Pues claro está que nadie se arriesgará a pedir medidas cautelares temerarias y abusivas si ha ofrecido como contracautela una de naturaleza real, por ejemplo, que, indefectiblemente, será ejecutada cuando se detecte su falta de fundamento, razón o motivo.

4.5.5. EXCEPCIONES.

La regla general es que todo aquel que solicita una medida cautelar ofrezca contracautela, sin embargo se admite excepciones, las cuales claramente se encuentran establecidas en el CPC.

Están exceptuados de ofrecer contracautela:

- **Los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los Gobiernos Regionales y Locales, las universidades** (Artículo 614° CPC). El fundamento de esta excepción radica en la **presunción de solvencia económica** que ostenta el Estado por ser éste titular del patrimonio de la nación y de las cuentas que integran el Presupuesto General de la República.
- **A quien se le ha concedido Auxilio Judicial** (Artículo 614° del CPC). El fundamento de ésta exoneración es la **insolvencia económica** de la persona natural, que para afrontar un proceso –entablado o a entablarse-, solicita auxilio judicial, por cuanto los gastos a solventar pone en peligro su subsistencia. Así lo establece el artículo 179 del CPC: "*Se concederá auxilio judicial a las personas naturales que para cubrir o garantizar los gastos del proceso, pongan en peligro su subsistencia y la de quienes ellas dependan.*"

Así, el presupuesto para conceder una medida cautelar sin que se haya ofrecido contracautela, es la aprobación de la solicitud de auxilio judicial, la cual acredita la carencia económica del demandante.

- **El solicitante de la medida cautelar que haya obtenido sentencia favorable, aun cuando ésta fuera impugnada** (Artículo 615° del CPC). A diferencia de los otros supuestos arriba descritos, éste encuentra su razón

de ser en la **presunción de veracidad del derecho invocado** por el demandante, puesto que en la sentencia, el Juez, ha hecho un estudio profundo de las razones expuestas por los justiciables y ha llegado a la conclusión que la pretensión del actor es cierta y veraz. Pero dicha conclusión es solo presunción hasta que la sentencia sea declarada consentida o es confirmada, anulada o revocada por el juez superior, en caso de apelación, o excepcionalmente, cuando el recurso de casación es declarado improcedente, fundado o infundado. En los supuestos favorables al demandante, definitivamente, su derecho será cierto, siempre y cuando el proceso se haya tramitado respetando las garantías procesales existentes.

Por esas razones, quien ha obtenido sentencia favorable, se presume que su derecho tiene un alto grado de certeza, por lo mismo carece de objeto ofrecer contracautela.

4.5.6. CLASES.

El Código Procesal Civil (Artículo 613º) introduce una clasificación teniendo en cuenta el **objeto o contenido** de ésta. Así, las clasifica en contracautela real y contracautela personal, a las cuales estudiaremos a continuación:

4.5.6.1. Contracautela real

La contracautela de naturaleza real se constituye con el mérito de la resolución judicial que la admite y recae sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el juez

remite el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente (Cuarto párrafo del artículo 613º del CPC).

Nuestra legislación civil clasifica a los derechos reales en principales y de garantía. La contracautela de naturaleza real se refiere a las segundas, y entre ellas tenemos a la anticresis, derecho de retención y la hipoteca. Sin embargo, solo la hipoteca resulta pertinente por cuanto es conducente a los propósitos de la contracautela. Siendo indiferente que el bien hipotecado sea de propiedad del solicitante de la medida cautelar o de un tercero ajeno al proceso.

4.5.6.2. Contracautela personal.

La contracautela de naturaleza personal es la garantía que presta una persona u otra en su lugar para asegurar el cumplimiento de una obligación (De dar suma de dinero). Esta garantía está constituida por una promesa de pago.

El CPC da a entender que existen como mínimo dos tipos de contracautela personal, sin embargo solo alude a la caución juratoria, la que puede ser admitida, debidamente fundamentada, siempre que sea proporcional y eficaz. Ésta es ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el secretario respectivo. (Cuarto párrafo del artículo 613º del CPC).

La contracautela personal es **de realización cierta e inmediata** cuando está suficientemente garantizada con un título –certificado de depósito o una fianza– que por su naturaleza su realización no necesita de trámites dificultosos o molestos (El fiador no goza del beneficio de excusión). Se ofrece presentando el título conjuntamente con la solicitud de medida cautelar. En este caso no es necesaria la legalización de firma ante el secretario respectivo.

En sentido contrario, la contracautela personal es **de realización incierta y mediata** cuando no se encuentra suficientemente garantizada, por cuanto se asegura su realización con la sola promesa de pago, y cuya única formalidad es la legalización de firma ante el secretario respectivo. Dada la forma de constitución su realización se ve afectada por la demora que ocasiona los trámites que la dificultan o la hacen molesta. Se ofrece en la misma solicitud de medida cautelar mediante juramento de resarcir los daños y perjuicios que cause la ejecución de la medida cautelar. Esta contracautela se denomina caución juratoria.

4.6. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

Las medidas cautelares específicas son aquellas que han sido clasificadas por el legislador en el Capítulo II, Título IV del CPC: **1.** Medidas para futura ejecución forzada (El embargo, el secuestro, la anotación de demanda). **2.** Medidas temporales sobre el fondo. **3.** Medidas innovativas y **4.** Medidas de no innovar.

Al respecto resulta interesante citar las palabras de Eugenia Ariana Deho¹³⁷. Afirma que dicha clasificación resulta de “la “mezcla” de clasificaciones doctrinarias provenientes de aquellos dos grandes “sistematizadores” que fueron, por un lado, Piero Calamandrei, y, por el otro, Francesco Carnelutti.”¹³⁸

Agrega que “nuestro CPC lo que hace es tomar parte de la clasificación de Calamandrei [la b) y la c)] y la de Carnelutti (a las “conservativas”, el CPC le da el nombre, a la argentina, de medidas “de no innovar”), cuando en realidad, siendo clasificaciones doctrinarias, como todas las clasificaciones, atienden a un criterio: la de Calamandrei al modo de operar de la instrumentalidad (o sea al nexo entre la

¹³⁷ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Op. cit., páginas 12, 13 y 14.

¹³⁸ En efecto, Calamandrei, en razón del funcionamiento de “su” instrumentalidad, clasificaba las que él llamaba “resoluciones cautelares” (*provvedimenti cautelari*) en: **a) Medidas instructorias anticipadas** (“con las cuales, en vista de un posible futuro proceso de cognición, se trata de fijar y de conservar ciertas resultancias probatorias, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquel proceso en el momento oportuno”); **b) Medidas dirigidas a asegurar la ejecución forzada** (“que sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma”). **c) Anticipación de resoluciones decisorias** (“se decide interinamente, en espera de que a través del proceso ordinario se perfeccione la decisión definitiva, una relación controvertida, de la indecisión de la cual, si esta perdurase hasta la emanación de la providencia definitiva, podrían derivar a una de las partes daños irreparables”); **d) Las cauciones procesales** (“imposición por parte del juez de una caución, la prestación de la cual se ordena al interesado como condición para obtener una ulterior resolución judicial”). Por su lado, Carnelutti, en su *Sistema*, clasificaba los “procesos cautelares” en: **a) conservativos** (“arreglo provisional del litigio impidiendo cambios de la situación existente”); e **b) innovativos** (“arreglo provisional que determina un cambio de la situación existente antes de la conclusión del proceso principal”) [**ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Op.cit., páginas 12 y 13.

medida cautelar y la resolución definitiva), la de Carnelutti al efecto que produce (cambiar o conservar una situación), por lo que la misma medida “típica” bien podría colocarse, según el criterio utilizado, en una u otra “categoría”.”

Termina explicando que “un embargo (cautelar) puede bien ser clasificado (siguiendo a Calamandrei) como una medida de aseguramiento de la ejecución y (siguiendo a Carnelutti) como una medida conservativa. Una asignación provisional de alimentos (siguiendo a Calamandrei) puede ser considerada una anticipación de la decisión de fondo y (siguiendo a Carnelutti) una medida innovativa. Y así podríamos seguir. Si esto es así, como a mí me parece evidente, se entiende que cuando nuestro CPC, con su extraña y confusa “técnica” clasificatoria, “concentró” las más (socialmente) “típicas” medidas conservativas (embargo y secuestro) entre “sus” “medidas para futura ejecución forzada”, quedándose sin medidas de “no innovar” (o sea conservativas) que nombrar.”

4.6.1. MEDIDAS PARA FUTURA EJECUCIÓN FORZADA.

Estas medidas cautelares proceden cuando la pretensión principal es apreciable en dinero. Consiste en afectar jurídicamente un bien o derecho que servirá de garantía de la eficacia de la sentencia definitiva. Son adecuadas y apropiadas –y las únicas- para asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial; pues garantizan la eficacia y satisfacción de aquellos.

4.6.1.1. EL EMBARGO.

Concepto.

La palabra embargo proviene del verbo embargar, y éste del latín vulgar *imbarricare*, usado en la península ibérica con el significado de “cerrar una puerta con trancas o barras” (de barra o tranca), que era el procedimiento originario del embargo¹³⁹.

Hernández Lozano¹⁴⁰, lo define como un acto jurídico procesal del órgano jurisdiccional, consistente en una orden de indisponibilidad de bienes determinados en el patrimonio del deudor.

Según Monroy Gálvez, es el “acto por el cual se inmoviliza jurídicamente un bien del deudor, a fin que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito, una vez que éste le sea reconocido por sentencia firme.”¹⁴¹.

Nuestro código adjetivo define el embargo como la **afectación jurídica** de un bien o derecho, susceptible de realización, del presunto obligado, cuya condición para solicitarla es que la pretensión del **proceso principal sea apreciable en dinero**.

Artículo 642.- Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley.

El peligro a neutralizar por el embargo es la posibilidad de que la parte deudora disponga o grave su patrimonio en desmedro del derecho de crédito del acreedor.

¹³⁹ Ver: **COUTURE**, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1976. Página 250.

¹⁴⁰ **HERNANDEZ LOZANO**, Carlos A. Proceso cautelar. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú, 2000. Página 160.

¹⁴¹ **MONROY GALVEZ**, Juan. Temas de proceso civil. Ediciones Studium. Lima, 1987. Página 48.

Por ello, lo fundamental del embargo es proteger una “situación creditoria (y no precisamente real). Ergo, con un poco de esfuerzo interpretativo del artículo 642 podríamos llegar a determinar que el embargo asegura la tutelabilidad ejecutiva de un derecho de crédito (sea cual fuere su fuente y sea cual fuere su objeto, es decir, dinerario o no, pues toda obligación no dineraria ab origine es susceptible siempre de ser transformada en su equivalente monetario) y no “otro” derecho patrimonial.”¹⁴²

En ese sentido, conforme como lo advierte el artículo 627° del CPC¹⁴³, si no hay nada que asegurar porque la eficacia de la sentencia se encuentra plenamente garantizada, el pedido cautelar de embargo debe declararse improcedente. Por ello, en el caso del embargo “para poder “afectar” (léase, “vincular” un bien a un crédito) se requiere que el que lo pide se afirme acreedor (de lo cual debe dar prueba prima facie) y no tener una garantía específica.”¹⁴⁴

Por lo expuesto, podemos decir que el embargo, de **finalidad ejecutiva**, es una medida cautelar precautoria y de garantía, que busca limitar relativamente la disponibilidad y el goce del bien **afectado judicialmente**, previamente **individualizado**, mientras se desarrolla un proceso único de ejecución o de cognición condenatoria, ya que los bienes y derechos del deudor se declaran y permanecen vinculados a la satisfacción del crédito del acreedor.

¹⁴² **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 14.

¹⁴³ Artículo 627.- Si la pretensión se encuentra suficientemente garantizada, es improcedente el pedido de medida cautelar. Sin embargo, puede ser concedida si se acredita que la garantía ha sufrido una disminución en su valor o la pretensión ha aumentado durante el curso del proceso u otra causa análoga.

¹⁴⁴ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 16.

Solo así se “preserva la responsabilidad patrimonial del deudor... [y se] asegura la viabilidad de la futura y efectiva ejecución, eliminando el peligro del daño jurídico, toda vez que tiene la **característica fundamental la de prevención**, actuando además como medio para instrumentalizar la ejecución forzada y asegurar la decisión final con la afectación de bienes suficientes que cubran la obligación demandada.”¹⁴⁵ (negrita nuestra).

En efecto, no existe prohibición alguna para que los bienes embargados sean enajenados tal como lo prescribe el **artículo 1409º** del Código Civil: “*La prestación materia de la obligación creada por el contrato puede versar sobre:... 2.- Bienes ajenos o afectados en garantía o **embargados** o sujetos a litigio por cualquier otra causa.*”. Asimismo, no está demás agregar que quien adquiere un bien embargado asume las consecuencias que de ello puedan derivar, puesto que conforme lo establece el **artículo 2012º** del Código Civil se presume, sin admitirse prueba en contrario, que el comprador tiene conocimiento de la afectación.

Los bienes y derechos pasibles de ser afectados por el embargo son aquellos susceptibles de realización. Además, pueden ser presentes, futuros, pendientes de condición o de término o se encuentren indivisos o sujetos a copropiedad, no importando, con las reservas de ley, si están en posesión de terceros –ya sea por arrendamiento, comodato o depósito-, siempre y cuando el titular sea el obligado.

En cuanto a la extensión del embargo, éste puede alcanzar, además del bien afectado, a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos por el órgano jurisdiccional (Artículo 645º del Código Procesal Civil).

¹⁴⁵ **PELAÉZ BARDALES**, Mariano. Medidas cautelares en el proceso civil. Op. cit., página 70.

Bienes inembargables.

Para que un bien sea embargado debe reunir dos condiciones: Tener contenido patrimonial y ser alienable (se excluyen los bienes no patrimoniales). Pues sería insubsistente embargar un bien con contenido económico si posteriormente no se pueda enajenar.

En esa línea de ideas, tenemos que los bienes descritos en el artículo 648º del CPC están en el comercio de los hombres, pero por estar relacionados con la subsistencia material y moral de los individuos, son inalienables, y por tanto inembargables según la ley procesal.

Esta inembargabilidad constituye un límite legal creado con la finalidad de proteger los bienes del deudor respecto de la injerencia del acreedor. Este estado de protección legal tiene su fundamento en el artículo 1º de la Constitución Política de 1993, pues defiende a la persona humana y su dignidad, fines supremos de la sociedad y del Estado.

En efecto, al no ser embargables todos los bienes del deudor se evita que el acreedor, interesado en cobrar su crédito, lleve a aquel a una posición desventajosa, desesperada y hasta a la indigencia; lo cual sería extremo, repugnante, lesivo y contrario al sentir humano. En ese orden de ideas, la inembargabilidad resguarda todos aquellos bienes del deudor que le son necesarios para subsistir junto a su familia, lo que se traduce en una vida digna.

Respecto a nuestro estudio, el artículo 648º del CPC (sustituido por el artículo 1º de la Ley N° 26599, publicada el 24 de abril de 1996), establece cuáles son los bienes inembargables.

Cabe anotar que el citado artículo en su **primer inciso prescribía que eran inembargables los bienes del Estado**, y en ese sentido, para que proceda el pago de obligaciones a cargo del Estado (ordenadas mediante resoluciones judiciales o administrativas, consentidas o ejecutoriadas), establecía que éstas sólo serían atendidas con las partidas previamente presupuestadas del Sector al que correspondan.

Sin embargo, **el referido inciso fue expulsado de nuestro ordenamiento jurídico** por la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 006-97-AI-TC Lima, publicada el 07 de marzo de 1997, que declara fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26599, en cuanto ella introduce el actual inciso primero en el Artículo 648° del Código Procesal Civil.

Según el Tribunal Constitucional, la Ley N° 26599, que modifica el artículo 648° del Código Procesal Civil, ha otorgado a los bienes de dominio privado la inmunidad que el artículo 73° de la Constitución otorgó únicamente a los bienes de dominio público, que son inalienables e imprescriptibles. Asimismo, afirma el supremo colegiado que el inciso primero, afecta el resultado del proceso, porque transgrede el principio de igualdad ante la ley, la seguridad jurídica, la tutela jurisdiccional efectiva, el debido proceso y la independencia judicial, ya que de entablarse una demanda contra el Estado éste, sin ninguna base objetiva y razonable, tendría más privilegios y en caso de ser vencido no se le podría ejecutar la sentencia por existir esta protección a su favor, lo que no sucede si el particular es el enjuiciado y vencido. Y sigue diciendo que no sería un debido proceso, pues sería inconcluso hasta que sea atendido con la partida nuevamente presupuestada del Sector al que corresponda.

El Tribunal Constitucional siguiendo el mismo criterio, expuesto supra, mediante Sentencia, de fecha 29 de enero de 2004, recaída en los procesos acumulados,

EXP. N° 015-2001-AI/TC; EXP. N° 016-2001-AI/TC y EXP. N° 004-2002-AI/TC, declaró inconstitucional la palabra “**sólo**” del artículo 2° de la Ley N.° 26756 que prescribía: “Sólo son embargables los bienes del Estado que se incluyan expresamente en la respectiva ley”, estableciendo que dicha regla se interprete y aplique en el siguiente sentido: “Los bienes del Estado que se incluyan en la futura ley y que, por el hecho de estar allí expresados, sean los únicos bienes que puedan ser embargables, lo serán porque tienen, o deberán tener, la condición de bienes de dominio privado.”¹⁴⁶ Precizando luego que “la inexistencia de una ley especial que determine qué bienes del Estado son embargables, no supone que el juez de ejecución y el órgano administrativo correspondiente no puedan dictar o ejecutar embargos sobre bienes del Estado.”¹⁴⁷ Por el contrario, “la procedencia del embargo sobre bienes del Estado, sean estos muebles o inmuebles, no debe tener más límite que el hecho de tratarse, o tener la condición, de bienes de dominio público, por lo que corresponde al juez, bajo responsabilidad, determinar, en cada caso concreto, qué bienes cumplen o no las condiciones de un bien de dominio privado y, por ende, son embargables.”¹⁴⁸

Por ello, recalca el supremo intérprete, “ante el vacío de legislación que precise qué bienes estatales pueden ser embargados, el principio general es que al juez le corresponde pronunciar el carácter embargable de un determinado bien, analizando, en cada caso concreto, si el bien sobre el que se ha trabado la ejecución forzosa está o no relacionado con el cumplimiento de las funciones del órgano público, y si está o no afecto a un uso público.”⁽¹⁴⁹⁾⁽¹⁵⁰⁾

¹⁴⁶ Fundamento 24.

¹⁴⁷ Fundamento 25.

¹⁴⁸ Fundamento 25.

¹⁴⁹ Fundamento 26.

Con esta precisión pasemos a detallar los bienes inembargables según el artículo 648º del Código Procesal Civil:

- **Los bienes constituidos en patrimonio familiar, sin perjuicio de lo dispuesto por el Artículo 492 del Código Civil (inciso 2 del artículo 648º del CPC).**

En la vida familiar se anhela que ésta siempre se desenvuelva en un medio que le procure seguridad, tranquilidad y serenidad. Sin embargo, por vicisitudes o contingencias de la vida, la familia puede verse privada de su vivienda y/o predio destinado a la obtención de ingresos económicos para el sustento de sus integrantes. Ante esta situación la legislación civil ha creado una institución: el patrimonio familiar.

En ese orden de ideas, el patrimonio familiar tiene como finalidad brindar protección jurídica, sustento y satisfacción de necesidades básicas como habitación y alimentación a favor de los beneficiarios¹⁵¹, consolidando así sus lazos afectivos y morales.

El patrimonio familiar es una institución jurídica de amparo familiar regulado por el Código Civil en, los artículos 488º y siguientes, hasta el artículo 501º. La

¹⁵⁰ “Se entiende por bienes de dominio público aquellos que pertenecen al Estado y que están asignados a un fin público, un servicio público, un fin especialmente relevante para el cumplimiento de las funciones del Estado. Por oposición, los bienes de propiedad del Estado que no están asignados a estos fines pertenecen a la esfera del dominio privado del Estado y pueden ser embargados” [Extracto de la resolución de fecha 15 de julio de 2009, emitida en el Exp. N° 1254-2009, por la Primera Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 232].

¹⁵¹ Ver: DE ALMEIDA SANCHEZ, Ana Sofía. El Patrimonio Familiar – Breve Análisis. *Dialogo con la Jurisprudencia*. N° 134. Editorial Gaceta Jurídica. Noviembre 2009. Página 132.

Constitución Política de 1979, lo regula en su artículo 5; sin embargo la Constitución de 1993 la omite.

Consiste en la "... afectación de un inmueble para que sirva de vivienda a miembros de una familia, o de un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio para proveer a dichas personas de una fuente de recursos que asegure su sustento"¹⁵².

En otras palabras, consiste en la afectación permanente de un bien o bienes inmuebles, determinados por ley, con la finalidad de ser disfrutados como morada o sustento por los beneficiarios¹⁵³ del o los instituyentes, titular o titulares del derecho de propiedad del referido patrimonio, los cuales¹⁵⁴ no deben tener deudas cuyo pago sea perjudicado por la constitución de dicho patrimonio (artículo 494° del CC).

Los bienes que pueden ser afectados como patrimonio familiar son: la casa habitación de la familia y un predio destinado a la agricultura, la artesanía, la industria o el comercio. El patrimonio familiar no puede exceder de lo necesario para la morada o el sustento de los beneficiarios (Artículo 489° del C.C.).

El patrimonio familiar es inembargable, inalienable y transmisible por herencia (artículo 488° del C.C.). La inembargabilidad no se da con los frutos (naturales,

¹⁵² **CORNEJO CHÁVEZ**, Héctor. Derecho Familiar peruano. 10° Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 1999. Página 629.

¹⁵³ CC: Artículo 495.- Pueden ser beneficiarios del patrimonio familiar sólo los cónyuges, los hijos y otros descendientes menores o incapaces, los padres y otros ascendientes que se encuentren en estado de necesidad y los hermanos menores o incapaces del constituyente.

¹⁵⁴ CC: Artículo 493.- Pueden constituir patrimonio familiar: 1.- Cualquiera de los cónyuges sobre bienes de su propiedad. 2.- Los cónyuges de común acuerdo sobre bienes de la sociedad. 3.- El padre o madre que haya enviudado o se haya divorciado, sobre sus bienes propios. 4.- El padre o madre solteros sobre bienes de su propiedad. 5.- Cualquier persona dentro de los límites en que pueda donar o disponer libremente en testamento.

industriales o civiles), los que pueden embargarse hasta las dos terceras partes, únicamente para asegurar las deudas resultantes de condenas penales, de los tributos referentes al bien y de las pensiones alimenticias (artículo 492° del C.C.).

Su constitución no transfiere la propiedad de los bienes del que lo constituye a los beneficiarios. Estos adquieren sólo el derecho de disfrutar de dichos bienes (Artículo 490° C.C.).

- **Las prendas de estricto uso personal, libros y alimentos básicos del obligado y de sus parientes con los que conforma una unidad familiar, así como los bienes que resultan indispensables para su subsistencia (inciso 3 del artículo 648° del CPC).**

La finalidad de declarar inembargable a los bienes descritos en este acápite es proteger aquellos bienes del deudor que le son necesarios para desarrollar su personalidad, así como para subsistir dignamente junto con su familia. Es decir, protege bienes que proveen condiciones mínimas indispensables propias para vivir acorde a la naturaleza del ser humano.

De no ser así se arrastraría al deudor, y con él a su familia, a un modo de vida menguada y extrema en sus condiciones, que los situarían en un escenario de riesgo para sus vidas, pues quedarían privados de los medios indispensables para satisfacer sus necesidades básicas.

Entre estos bienes están las prendas de estricto uso personal (como las alhajas, muebles o enseres de una casa), los libros, alimentos básicos y los bienes que resultan indispensables para su subsistencia, es decir aquellos que forzosa o inevitablemente tienen que estar presentes para poder vivir dignamente.

No obstante lo anotado, ¿qué parámetros se debe tener en cuenta para considerar a determinado bien como de estricto uso personal o de indispensable para la subsistencia? Creo que se debe hacer el análisis en cada caso concreto.

Por ejemplo, las prendas de vestir utilizados para la realización del trabajo diario, serían de estricto uso personal, y por ende no serían embargables. “Tratándose de libros destinados a la comercialización por una casa editora, no opera la inembargabilidad”¹⁵⁵. Lo que no queda muy claro es la procedencia del embargo respecto de artículos personales de costo elevado como abrigos de pieles, sortijas de matrimonio hechos con metales preciosos.

Asimismo, cabe preguntarse sobre la posibilidad de la afectación de la mascota del hogar¹⁵⁶ ¿Sería un bien indispensable para la subsistencia? Como lo dije líneas arriba, se debe evaluar el caso concreto teniendo en consideración lo establecido por la doctrina acerca de lo que se entiende por uno u otro supuesto.

No obstante, los bienes descritos pueden afectarse cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.

- **Los vehículos, máquinas, utensilios y herramientas indispensables para el ejercicio directo de la profesión, oficio, enseñanza o aprendizaje del obligado (inciso 4 del artículo 648º del CPC).**

Se infiere que los bienes protegidos en este caso son todos aquellos bienes muebles utilizados por el deudor –persona natural- de manera “directa” y personal, excluyendo así a los bienes de sus parientes y los arrendados por éste.

¹⁵⁵ Ejemplo tomado de *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Enero, 2014. Tomo N° 7. Página 235.

¹⁵⁶ Ejemplo dado por **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 198.

Por ejemplo, un abogado, para el ejercicio de su profesión, utiliza equipo de cómputo, lapiceros, sillas, teléfono, armarios, libros, etc., sin embargo, el auto en que éste se moviliza, así como los accesorios que sirven para adornar su despacho, no se encuentran dentro de los supuestos analizados, porque no resultan necesarios para el ejercicio de su profesión y por ende son embargables.

No obstante, los bienes descritos pueden afectarse cuando se trata de garantizar el pago del precio en que han sido adquiridos.

- **Las insignias condecorativas, los uniformes de los funcionarios y servidores del Estado y las armas y equipos de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (inciso 5 del artículo 648º del CPC).**

La finalidad de esta regla es resguardar estos bienes dado que "... encierra[n] un valor afectivo más que un valor patrimonial."¹⁵⁷.

- **Las remuneraciones y pensiones, cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal. El exceso es embargable hasta una tercera parte. Cuando se trata de garantizar obligaciones alimentarias, el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley (inciso 6 del artículo 648º del CPC).**

Mediante D.S. 264-2012-EF, publicado el 20 de diciembre del año 2012, se estableció que el valor de la Unidad Impositiva Tributaria (UIT) para el periodo 2013 es de S/.3,700.00.n.s., por lo que la Unidad de Referencia Procesal (URP), que es el 10% de la UIT, tiene un valor de S/.370.00.n.s.

¹⁵⁷ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 200.

Por tanto, según esta regla, sólo las remuneraciones y pensiones que tengan un valor de hasta S/.1, 850.00.n.s., son inembargables, pasado este límite podrán ser embargados hasta una tercera parte, salvo cuando se trate de garantizar obligaciones alimentarias, en cuyo caso el embargo procederá hasta el sesenta por ciento del total de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

A efectos de dar cumplimiento a esta regla se tiene que determinar lo que se entiende por remuneración¹⁵⁸, puesto que existen conceptos remunerativos que podrían no ser de libre disponibilidad del trabajador, y por tanto no computables a efectos de fijar el monto de dinero a embargar¹⁵⁹.

- **Las pensiones alimentarias (inciso 7 del artículo 648º del CPC).**

Esta inembargabilidad absoluta tiene por finalidad proveer al alimentista, sin restricción alguna, de los medios de subsistencia.

¹⁵⁸ "Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición..." (artículo 6º del T.U.O. del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR, modificado por el Artículo 13º de la Ley N° 28051 del 02-08-2003).

¹⁵⁹ "[La] entrega en efectivo por concepto de combustible al personal militar y policial, en situación de actividad, no tiene el carácter de un ingreso de libre disposición, toda vez, que como lo señala el artículo 1 del Decreto Supremo N° 037-2001-EF, debe ser destinado para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, no teniendo carácter pensionable ni tampoco puede servir de base de cálculo para ningún beneficio; por lo que no se trata de un beneficio recibido por el servidor, sino que constituye un concepto destinado a gastos para el desempeño de su labor que no se encuentra afecto a la pensión de alimentos". Este pronunciamiento aparece recogido en los pronunciamientos judiciales, en Lima; de tal manera que al personal militar y policial que no está en actividad sí se afecta los ingresos por este rubro, pues no requieren realizar comisiones de servicio" (Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema, Consulta N° 3656-2002-Lima, de fecha 15 de enero de 2003, sobre alimentos. En: **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op., cit., página 201).

- **Los bienes muebles de los templos religiosos (inciso 8 del artículo 648º del CPC).**

La regla no distingue entre las diversas convicciones religiosas que existen en nuestro país, por lo que los bienes muebles de los templos religiosos en general son inembargables.

- **Los sepulcros (inciso 9 del artículo 648º del CPC).**

Sepulcro es la construcción que se levanta del suelo, para dar en ella sepultura al cadáver de una o más personas. Entre éstos tenemos a los mausoleos, nichos y sepulturas en tierra. La finalidad de esta norma es proteger dichos bienes que de uno u otro modo sirven para guardar memoria de los muertos.

Si bien los bienes citados son inembargables, está permitido que sus frutos sean afectados. No obstante ello, el artículo 648º del CPC guarda silencio respecto de los productos y los accesorios de dichos bienes. Sin embargo, al no haber prohibición expresa y en aplicación del artículo 645º del CPC, la afectación puede alcanzar a éstos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos.

Clasificación.

Según el Código Procesal Civil las clases de embargo son los siguientes:

4.6.1.1.1. Embargo en forma de depósito de bienes muebles.

Esta clase de embargo se encuentra regulado en el artículo 649º del CPC: *Cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación,*

en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos, procediéndose de la manera como se indica en el párrafo siguiente. Cuando el secuestro recae en bienes muebles del obligado, éstos serán depositados a orden del Juzgado. En este caso, el custodio será de preferencia un almacén legalmente constituido, el que asume la calidad de depositario, con las responsabilidades civiles y penales previstas en la ley. Asimismo, está obligado a presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del Juez, sin poder invocar derecho de retención. Tratándose de dinero, joyas, piedras y metales preciosos u otros bienes similares, serán depositados en el Banco de la Nación.

Consiste en la afectación jurídica de bienes muebles del presunto obligado, previamente individualizados, susceptibles de realización, cuyo depositario será necesariamente el obligado, y la condición para solicitarla es que la pretensión del proceso principal sea apreciable en dinero.

Tiene finalidad ejecutiva, es una medida cautelar precautoria, de garantía y conservativa, que al inmovilizar el bien afectado judicialmente, además de limitar relativamente su disponibilidad¹⁶⁰, uso y disfrute, preserva su integridad para hacer posible su ejecución cuando se emita la respectiva sentencia.

En ejecución de la medida el secretario judicial la inicia levantando el acta respectiva en la que individualiza al depositario y a los bienes, anotando los datos que permitan identificarlos plenamente. Asimismo, deberá hacer constar la entrega de los bienes así como el estado de conservación de éstos. Posteriormente, designará el órgano de auxilio judicial que actuará, en su caso, como depositario

¹⁶⁰ En el sentido de que no puede enajenarlo como bien libre sin incurrir en ilícito penal. Ver: **PELÁEZ BARDALES**, Mariano. El proceso cautelar. 2º Edición. Editorial Grijley. Lima, 2004. Página 122.

de sus propios bienes, asumiendo las mismas obligaciones y responsabilidades – civiles y penales- que cuando el custodio es un tercero.

Según los artículos 649º y 655º del CPC las **obligaciones** del depositario –y el custodio- son las siguientes: **1.** Conservar los bienes en el mismo estado en que los recibió. **2.** Conservar los bienes en el local destinado como depósito. **3.** Permitir que las partes y el veedor –si hubiere- observen permanente el estado de conservación del bien. **4.** Dar cuenta inmediata al Juez de todo hecho que pueda significar alteración de los objetos en depósito o secuestro y los que regulen otras disposiciones, bajo **responsabilidad** civil y penal. **5.** Presentar los bienes dentro del día siguiente al de la intimación del Juez, sin poder invocar derecho de retención.

Derivación del embargo en forma de depósito en secuestro

El artículo 649º del CPC, prescribe que cuando el embargo en forma de depósito recae en bienes muebles del obligado, éste será constituido en depositario, salvo que se negare a aceptar la designación, en cuyo caso se procederá al secuestro de los mismos.

Nótese que la derivación del embargo en secuestro obedece a la misma finalidad de las medidas cautelares, la cual en este caso se consigue evitando que el deudor disponga, destruya o menoscabe los bienes mientras se tramite el secuestro de los mismos luego de que fracasará el embargo.

La derivación del embargo en secuestro debe ser solicitada y ordenada en la resolución judicial que admite la medida cautelar, tal como se infiere del artículo 608º del CPC: “... *El juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado el proceso o dentro de éste...*”.

Por esa razón, el acreedor, en su solicitud de embargo, acumulativa y subordinadamente, debe también solicitar el secuestro de los bienes, señalando al custodio que asumirá la calidad de depositario. Esto ante la contingencia de que el obligado no acepte la designación de depositario.

Cabe agregar que el artículo 649º del CPC sólo recoge el supuesto de la negativa del deudor de aceptar su designación como depositario, no obstante ello somos de la idea de que invocando el Derecho a la Tutela Jurisdiccional efectiva, también se podría proceder al secuestro de los bienes cuando el deudor esté ausente en la diligencia o estando presente simplemente guarde silencio (conductas que nos llevarían a suponer e inferir la negativa del deudor).

4.6.1.1.2. Embargo en forma de depósito de inmueble sin inscripción registral o inscrito a nombre de tercera persona.

El artículo 650º del CPC regula sobre este tipo de embargo de la siguiente manera: *Cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, **debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado**. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata. En este supuesto el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, sólo para fines de la anotación de la medida cautelar. También en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral.*

El citado artículo regula sobre la afectación de bien inmueble no inscrito (que no incluye a sus frutos) estableciendo como *conditio sine qua non* el nombramiento

como depositario al propio obligado que no está obliga al pago de renta alguna, pero que deberá conservar la posesión inmediata. Asimismo, solo a efectos de promocionar la anotación de la medida cautelar mediante la publicidad, a pedido de parte, el Juez dispondrá la inmatriculación del predio.

Si bien la regla establece que la afectación puede limitarse al bien mismo, eso no da pie para pensar que sólo éste puede afectarse, porque también se pueden afectar –con exclusión de los frutos- los productos y accesorios, en aplicación del artículo 645º del CPC, siempre hayan sido solicitados y concedidos

Ahora bien, este artículo no estableció si el nombramiento del deudor como depositario lo realiza el Juez en la resolución cautelar o requiere de la aceptación de aquel.

Si nos encontráramos en el primer supuesto la medida se ejecutaría indefectiblemente y se evitaría resolver asuntos como la negativa del deudor, su ausencia en la diligencia o su silencio respecto de que si acepta o no el cargo de depositario de su propio bien, ya que dicho artículo no establece una solución como –a medias- lo hace el artículo 459º del CPC.

Ahora la cuestión se presenta intrincada cuando el nombramiento como depositario requiere de la aceptación del deudor y éste se niega o guarda silencio o por diversas razones no se encuentra en la diligencia, máxime si el artículo 650º del CPC no establece ninguna solución al respecto.

Creemos que el nombramiento del deudor como depositario, previa solicitud del interesado, debe realizarlo el Juez en la resolución cautelar. Esto porque de otra forma estaríamos a merced del deudor para hacer efectiva la medida cautelar lo

cual es irrazonable. Además, una vez ejecutada la medida, el obligado podría impugnar tal designación con lo que se deja a salvo su derecho de defensa.

En efecto, si dicho nombramiento requiere aceptación y el deudor simplemente se niega o calla o se ausenta de la diligencia, se frustraría la ejecución del embargo, dando pie a que el deudor tenga tiempo suficiente para disponer de los bienes, mientras se tramita otra medida cautelar, lo que convertiría al artículo 650º del CPC en inútil, vano e ineficaz, por no cumplir con la finalidad para la cual fue regulado.

No obstante, a efectos prácticos, y a fin de evitar criterios opuestos al desarrollado, se salvaría la situación recurriendo a la medida cautelar genérica regulada en el artículo 629º del CPC. En este caso se solicitaría la inmatriculación del bien no inscrito y, complementariamente, la administración judicial del bien afectado, lo que aseguraría de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva.

Ahora bien, el artículo en comento refiere que el deudor-depositario no está obligado al **pago de renta** alguna, pero que deberá conservar la **posesión inmediata**. De esto se colige que el deudor no puede ser poseedor mediato, y por ende no puede arrendar el bien, siempre y cuando, al momento de la afectación, dicho bien no esté dado en arrendado, pero si lo está –al no estar prohibido- esa circunstancia no es óbice para proceder al embargo.

Cabe precisar que no obstante esta clase de embargo excluye la afectación de los frutos, éstos –en caso de arrendamiento del bien- sí pueden afectarse solicitando su embargo en forma de retención o administración.

Por otro lado, en caso de ser admitida la medida cautelar, a efectos de publicitar dicha medida, el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación¹⁶¹ del predio, sólo para fines de la anotación de la medida cautelar.

Con la inmatriculación cualquier persona que logre comprar el bien afectado lo hará teniendo en cuenta la información proporcionada por el registro y asumirá las consecuencias jurídicas y económicas de su decisión.

En efecto, todo aquel que, debidamente, contrata, confiando en la veracidad de lo que el registro publica, tendrá la seguridad jurídica de que no surtirá efecto respecto de él alguna oposición basada en la verdad extra registral, la cual no conoció con anterioridad.

Para terminar, el artículo en análisis establece el caso de la afectación de bienes registrados a nombre de persona distinta del deudor. Este supuesto es todo lo contrario a lo ya estudiado, por cuanto se refiere a bienes inmuebles inscritos, cuyo titular registral no es el deudor sino otro que transfirió la propiedad del bien – no necesariamente al obligado-, pero que éste por obvias razones no lo inscribe aún.

El CPC dispone que en este caso el acreedor deberá acreditar de modo fidedigno, que el bien pertenece al deudor, pero que se encuentra inscrito a nombre de otro, que será notificado con la medida cautelar; la cual se anotará en la partida respectiva; requiriendo para la subasta del bien la regularización del tracto sucesivo registral.

¹⁶¹ La inmatriculación es el acto por el cual se incorpora un predio al Registro. Se realiza con la primera inscripción de dominio, salvo disposición distinta.

En caso de que el titular registral no se muestre de acuerdo con la afectación del bien, podría solicitar la suspensión de la medida o la desafectación inmediata del inmueble amparándose en el artículo 539¹⁶² o 624¹⁶³ del CPC, respectivamente.

4.6.1.1.3. Embargo en forma de inscripción de bienes registrados.

Esta clase de embargo lo encontramos regulado en el artículo 656º del CPC, en estos términos: *Tratándose de bienes registrados, la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente.*

Esta medida cautelar puede recaer tanto en bienes muebles como inmuebles, previamente registrados. **Se ejecuta inscribiéndose** el monto de la afectación – siempre que exista identidad entre el sujeto que aparece en el registro como titular del bien y el deudor-, **asumiendo la función de órgano de auxilio judicial el registrador público**¹⁶⁴. Si el dominio del bien es transferido, el nuevo propietario

¹⁶² **Artículo 539.-** El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario, el interesado puede interponer tercería, de acuerdo al Artículo 533.

¹⁶³ **Artículo 624.-** Cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera formalizado. El petitioner pagará las costas y costos del proceso cautelar y en atención a las circunstancias perderá la contracautela en favor del propietario.

Si se acredita la mala fe del petitioner, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar.

¹⁶⁴ “Evidentemente que el registrador no tiene contacto material con la cosa custodiada, ni realiza actos de vigilancia o guarda sobre la cosa en sí, pero al anotar el embargo e informar sobre la existencia de esas anotaciones cada vez que se intenta contratar sobre el bien afectado, está custodiando su estado jurídico.” (LEDESMA NARVAEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 235.)

asume la carga que pesa sobre el bien, teniendo como límite el monto inscrito (situación que, relativamente, limita su disponibilidad), esto quiere decir que si después de la transferencia del bien acontece una ampliación de la afectación, ésta es ineficaz para el comprador.

Respecto de los bienes, el referido artículo no distingue entre muebles e inmuebles, entendiéndose entonces que ambos integran el supuesto de hecho. Los artículos 885º y 886º del Código Civil detallan cuáles bienes son considerados muebles o inmuebles, entre los cuales no solo hay bienes, propiamente dichos, sino también derechos con contenido patrimonial como los derechos de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares o las concesiones para explotar servicios públicos o las concesiones mineras obtenidas por particulares, por ejemplo.

Los bienes objeto de esta forma de embargo deben estar registrados¹⁶⁵ a efectos de publicitar¹⁶⁶ la afectación. La inscripción se realiza mediante título que conste en instrumento público de naturaleza judicial como es el auto cautelar y demás piezas procesales, que en copias certificadas conforman el parte judicial¹⁶⁷.

Que el bien a embargar esté registrado significa que todos tienen conocimiento del contenido de las inscripciones y por ende de las afectaciones que han sido objeto

¹⁶⁵ En nuestro país existe una institución especializada, descentralizada y autónoma encargada de organizar y administrar la publicidad registral. Esta institución es la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP). En ella se concretizan todos los mecanismos legales y procedimentales establecidos, respecto de las inscripciones, con la finalidad de brindar una información segura, certera y veraz la que ayudará mucho a la dinámica patrimonial.

¹⁶⁶ La publicidad registral se la ha definido como la "exteriorización continuada y organizada de situaciones jurídicas de trascendencia real para producir cognoscibilidad general erga omnes y con ciertos efectos jurídicos sustantivos sobre la situación publicada" (**GARCÍA GARCÍA**, J. M. Derecho inmobiliario registral o hipotecario. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993. Página 41).

¹⁶⁷ "Artículo 2010.- La inscripción se hace en virtud de título que conste en instrumento público, salvo disposición contraria."

el bien o los bienes del deudor. Ergo, si determinado bien –ya afectado- ha sido enajenado por el deudor, el comprador asume la carga, y no puede oponer al acreedor de su transferente la ignorancia de tal situación.

Lo que hemos señalado se conoce como **principio de publicidad material**, según el cual *se presume, sin admitirse prueba en contrario, que toda persona tiene conocimiento del contenido de las inscripciones*¹⁶⁸; por tanto, *el contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando estos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo*¹⁶⁹.

Este principio constituye el presupuesto básico de nuestro sistema registral. Por éste los actos o derechos una vez inscritos se tornan oponibles de manera automática, sin ser necesario un conocimiento efectivo de los mismos para que la inscripción despliegue todos sus efectos.

Por ello, el tercero, antes de realizar transacciones económicas, debe llevar a cabo una investigación previa acerca de la situación registral del bien (datos del mismo, identidad del titular, cargas y gravámenes, etc.), con la finalidad de conocer de antemano cuáles serán las consecuencias jurídicas de su adquisición (remate del bien por mandato judicial, por ejemplo).

4.6.1.1.4. Embargo en forma de retención.

Esta clase de embargo lo encontramos regulado en el artículo 657º del CPC, en estos términos: *Cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al*

¹⁶⁸ Artículo 2012º del Código Civil.

¹⁶⁹ Segundo párrafo del artículo I del Título Preliminar del nuevo Reglamento General de los Registros Públicos.

poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez. Si el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera, el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión. Para tal efecto, todas las Entidades Financieras deberán comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención.

En la dinámica patrimonial las personas establecen vínculos contractuales. De estos vínculos se generan derechos de crédito o cualquier otro derecho que faculte a su titular exigir a otro el cumplimiento de una obligación.

Según Cabanellas¹⁷⁰ “crédito” es el derecho a recibir de otro alguna cosa, por lo general dinero”. En ese sentido, y en lo que aquí importa, el derecho de crédito es la facultad de exigir a otro el cumplimiento de alguna obligación de dar o no suma de dinero, no importando la naturaleza del vínculo contractual. Por ello, un derecho de crédito es generado por el mutuo dinerario, la compraventa, el contrato de arrendamiento de una casa-habitación, la administración de una cuenta bancaria, etc.

En el contrato de mutuo dinerario el acreedor está facultado para exigir a su deudor la devolución del dinero con sus respectivos intereses; en el de Compraventa el titular del bien a exigir el pago del precio; en el de arrendamiento

¹⁷⁰ **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental (Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas). Editorial Heliasta S.R.L. 13º Edición. Buenos Aires, 2002. Página 100.

a exigir el pago del alquiler y en el de administración de una cuenta bancaria a exigir la devolución de los fondos que fueron depositados.

Teniendo en cuenta las ideas expuestas, el embargo bajo estudio consiste en ordenar, al deudor del acreedor-ejecutado, la retención de los derechos de crédito u otros bienes muebles¹⁷¹ cuya posesión ostenta, con la finalidad de evitar que el afectado los disponga. Es decir, se ordena, al mutuuario, al comprador, al arrendatario, retener el pago del capital –y/o intereses-, del precio y alquiler, respectivamente, y al depositario de fondos, retener la devolución de los mismos. En suma, de lo que se trata es que el acreedor-ejecutado no pueda exigir el pago o la devolución de la cosa y por otro lado que su deudor quede prohibido de pagar o devolver el bien o derecho que le corresponde a su acreedor.

Ocurrida la retención, el órgano de auxilio judicial¹⁷² (deudor): 1. Si se tratase de dinero, debe depositarlo en el Banco de la Nación a la orden del juzgado. 2. Si es otro bien mueble, tiene dos caminos, o lo pone a disposición del juzgado o se constituye en depositario de éstos, que cabe precisar pueden ser títulos valores de cualquier clase, instrumentos donde conste la adquisición de créditos, acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, etc.

De lo afirmado se tiene que para solicitar y conceder esta clase de embargo tienen que concurrir dos situaciones: que preexista algún derecho de crédito u otros

¹⁷¹ Si bien el citado artículo no distingue entre bienes muebles e inmuebles, entendemos que se refiere solo a los bienes muebles, pues si se quisiera afectar un bien inmueble, bajo este tipo de embargo, existe otra clase de embargo idóneo para ello el cual se encuentra regulado en los artículos 650º y 656º, en los cuales no importa si el bien a embargar se encuentra en posesión o no del titular.

¹⁷² El órgano de auxilio judicial en esta clase de embargo es el “retenedor”, que puede tener o no una obligación de “pago” frente a su acreedor-ejecutado, en términos de un mutuo dinerario, por ejemplo, porque también puede tratarse de un simple depositario que administra o vigila el dinero u otros bienes muebles del ejecutado a través de cuentas bancarias o en virtud de otro vínculo contractual.

bienes patrimoniales cuyo titular sea el acreedor-ejecutado, y que los mismos se encuentren en posesión de terceros.

Como todo tipo de embargo el estudiado aquí tiene límites legales como el establecido en el numeral 6 del artículo 648º del CPC, el cual establece que las remuneraciones y pensiones, son inembargables cuando no excedan de cinco Unidades de Referencia Procesal, siendo embargable el exceso hasta una tercera parte, salvo cuando se trate de garantizar obligaciones alimentarias, en donde el embargo procederá hasta el 60% de los ingresos, con la sola deducción de los descuentos establecidos por ley.

Por otro lado, el artículo *sub examine*, recogiendo la realidad de la era informática que hoy en día vivimos, regula específicamente el procedimiento que se debe seguir cuando el poseedor de los derechos de crédito es una entidad financiera. En ese caso, prescribe la norma, que el Juez ordenará la retención mediante envío del mandato vía correo electrónico, trabándose la medida inmediatamente o excepcionalmente por cualquier otro medio fehaciente que deje constancia de su decisión, debiendo para ello las Entidades Financieras comunicar a la Superintendencia de Banca y Seguros la dirección electrónica a donde se remitirá la orden judicial de retención.

Ahora bien, la ejecución del embargo en forma de retención, se realiza con la intervención del Secretario o Especialista Legal del Juzgado, el cual sentará el acta de embargo en presencia del retenedor, a quien le dejará la cédula de notificación correspondiente, haciendo constar el dicho de éste sobre la posesión de los bienes y otros datos relevantes, y si se negare a firmar, dejará constancia de su negativa (artículo 658º del CPC).

El “dicho del retenedor” no es más que toda aquella información respecto del derecho de crédito (monto, gravámenes, condiciones, tipo de moneda, clase de cuenta bancaria, etc.) o a los “otros” bienes muebles (características que permitan identificarlos). En suma, son las "explicaciones sobre el monto de la suma que debe percibir el ejecutado, los plazos de su pago, su origen y en una palabra todos los datos necesarios para saber el monto y duración del ingreso de que disfruta el ejecutado y los periodos en que percibe la renta si es adelantada o vencida"¹⁷³.

En la ejecución de la medida, puede ocurrir que el retenedor niegue falsamente la existencia de créditos o bienes a favor de su acreedor-ejecutado; para ello la legislación ha previsto que aquel será obligado a pagar el valor de éstos al vencimiento de la obligación, sin perjuicio de la responsabilidad penal a que haya lugar (artículo 659 ° del CPC). Asimismo, puede ocurrir que el intimado a retener, incumpliendo la orden de retener, paga directamente al afectado, en cuyo caso será obligado a efectuar nuevo pago a la orden del Juzgado (Artículo 660° del CPC).

4.6.1.1.5. Embargo en forma de intervención en recaudación.

El artículo 661° del CPC prescribe lo siguiente: *“Cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella. La disposición del párrafo anterior es aplicable, también, a las personas jurídicas sin fines de lucro. La resolución cautelar debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez.”*

¹⁷³ **ALAYZA Y PAZ SOLDÁN**, Toribio. El procedimiento civil en el Perú. Tipografía Offset SESATOR. Lima, 1982. Página 202.

Esta medida es común en los casos en que el ejecutado es titular de una empresa en los que de manera diaria o temporal se perciban ingresos debido al intercambio de bienes o servicios. Así las cosas, se puede embargar, por ejemplo, el alquiler de las habitaciones de un hotel, las ventas realizadas en un supermercado, los ingresos obtenidos en un espectáculo público, etc.

En ese orden de ideas, esta forma de medida cautelar consiste en la designación judicial de un interventor¹⁷⁴ con la finalidad de recaudar directamente los ingresos que percibe la actividad económica del ejecutado, asegurando de esa manera la ejecución forzada.

El interventor recaudador (órgano de auxilio judicial), se encuentra sujeto a ciertas obligaciones establecidas en el CPC o las dispuestas por el Juez para que la medida resulte un éxito. En otras palabras, la función del interventor se circunscribe a lo ordenado en la resolución cautelar y supletoriamente a lo prescrito por la ley procesal, no pudiendo extralimitarse.

Así pues, según el artículo 662º del CPC, el interventor está obligado a consignar a la orden del juez los fondos recaudados, dentro del plazo establecido, en el Banco de la Nación; y, periódicamente, deberá informar a éste respecto del funcionamiento y conservación de lo intervenido, sin interferir ni interrumpir en la administración de la actividad comercial o empresarial. Es decir, sus facultades se limitan, además de la recaudación, a controlar los ingresos y egresos que percibe el afectado, y a proporcionar, de los fondos recaudados, lo necesario para el normal funcionamiento de la actividad intervenida, de no ser así se pondría en riesgo la dinámica de la fuente de ingresos.

¹⁷⁴ Cabe agregar que el número de interventores está en función al monto a recaudar y a la magnitud y complejidad de la empresa, pues existen empresas que tienen actividad económica a nivel nacional e incluso internacional o dedicadas a diversos giros comerciales.

Puede suceder que en la ejecución de la medida, la actividad intervenida no reporte ingresos o éstos sean insuficientes o que el afectado dificulte la plena realización de la medida o que suceda cualquier otra eventualidad que sea perjudicial o inconveniente a los intereses del favorecido; en este caso la legislación prevé que ante ello el interventor recaudador debe informar de inmediato al Juez de la causa (artículo 663º del CPC).

Dicha información es fundamental para la toma de decisiones tanto del Juez como del solicitante de la medida, pues, según el caso, el favorecido puede solicitar la clausura del negocio y la conversión del embargo de intervención a secuestro (artículo 664º del CPC) o a intervención en la administración (artículo 670º del CPC) e incluso solicitar la variación de la medida a embargo en forma de retención, cuando los ingresos percibidos por la empresa afectada se efectúen vía depósitos bancarios¹⁷⁵ o se tenga conocimiento de la existencia de títulos valores de cualquier clase, instrumentos donde conste la adquisición de créditos o acciones o participaciones en posesión de terceros.

La designación del interventor debe recaer en una persona que posea los conocimientos necesarios para desempeñarse como tal, atendiendo a la naturaleza de los bienes o actividades en que intervendrá. No requiere de la posesión de título profesional, pero sí de específicos y probados conocimientos de índole contable...¹⁷⁶.

En ese sentido, una persona idónea para esta tarea sería un contador público, un técnico en contabilidad, un administrador de empresas y hasta un reconocido empresario sin título profesional, los cuales no deben tener ninguna vinculación,

¹⁷⁵ Ejemplo dado por **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op., cit., página 268.

¹⁷⁶ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op., cit., página 262.

directa o indirecta, con el titular de la empresa intervenida o con el solicitante de la medida, puesto que de ser así tienen el deber de abstenerse si se encuentran afectados por alguna de las causales de impedimento o en su caso podrían ser pasibles de recusación, conforme lo establece el artículo 315¹⁷⁷ del CPC; esto porque podrían parcializar los resultados de la recaudación u obstaculizar la ejecución del embargo.

Merece detenernos en analizar el aludido artículo 670° del CPC, que prescribe sobre la **conversión de la intervención en recaudación a administración de unidad de producción o comercio**: *A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo.*

Como se puede apreciar, la conversión anotada representa una medida que reviste mayor gravedad, puesto que las facultades del administrador o administradores van más allá de la simple recaudación, alcanzando la representación y gestión total de la actividad económica del ejecutado, no en vano prescribe la norma que al asumir el cargo el órgano de auxilio judicial, cesan automáticamente en sus funciones los órganos directivos y ejecutivos de la empresa intervenida (segundo párrafo del artículo 672° del CPC).

¹⁷⁷ **Artículo 315.-** Los Auxiliares jurisdiccionales y los Organos de auxilio judicial pueden ser recusados por las causales contenidas en los Artículos 305 y 307 que les sean aplicables. Asimismo, tienen el deber de abstenerse si se encuentran afectados por alguna de las causales de impedimento.

En efecto, la nueva administración (órgano de auxilio judicial) va a tener como facultades gerenciar la empresa embargada, realizar los gastos ordinarios y los de conservación, cumplir con las obligaciones laborales que correspondan, pagar tributos y demás obligaciones legales, formular los balances y las declaraciones juradas dispuestas por ley, proporcionar al Juez la información que éste exija, agregando las observaciones sobre su gestión, poner a disposición del Juzgado las utilidades o frutos obtenidos; entre otras facultades señaladas por el CPC y por la ley (artículo 671º del CPC).

Es por ello que la conversión sólo se concede a pedido fundamentado del favorecido con la medida antecedente, previo traslado de la solicitud al afectado y la decisión del órgano jurisdiccional, apelable con efecto suspensivo, lo que no se ciñe a lo establecido en el artículo 617º del CPC, el cual ordena que la variación de las medidas cautelares se realiza a pedido del beneficiario y del afectado, siendo la decisión del Juez apelable sin efecto suspensivo.

4.6.1.1.6. Embargo en forma de intervención en información.

Esta clase de embargo es regulado por el artículo 665º del CPC de la siguiente manera: *Cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el Juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez.*

Esta clase de embargo consiste en la designación judicial de un interventor con la finalidad de recabar directamente información respecto de la actividad económica de la empresa del ejecutado.

Consideramos que el Juez, antes de conceder esta medida debe analizar si la misma será de utilidad para el favorecido, de lo contrario no tendría razón de ser admitirla. En ese sentido, la información recabada puede ser utilizada por ejemplo, para conocer los ingresos reales del deudor y en base a ello solicitar una medida para futura ejecución forzada, de lo que se infiere que la presente medida es un **instrumento de instrumento**.

Esta medida es común en los casos en que el ejecutado es titular de una empresa en los que existe movimiento económico por el intercambio de bienes o servicios. Así las cosas, se puede intervenir la información de un hotel, de un supermercado, de una empresa de transportes, etc.

El interventor informador (órgano de auxilio judicial), es responsable civil y penalmente por la veracidad de la información que ofrezca (artículo 668¹⁷⁸ del CPC). Asimismo, se encuentra sujeto a ciertas obligaciones establecidas en el CPC o las dispuestas por el Juez para que la medida resulte un éxito. En otras palabras, la función del interventor se circunscribe a lo ordenado en la resolución cautelar y supletoriamente a lo prescrito por la ley procesal, no pudiendo extralimitarse.

Así pues, según el artículo 666º del CPC, el interventor está obligado a Informar por escrito al Juez, en las fechas señaladas por éste, sobre el movimiento económico de la empresa intervenida, así como otros temas que interesen a la materia controvertida.

Puede suceder que en la ejecución de la medida el interventor detecte hechos que considere perjudiciales al titular de la medida cautelar, o que

¹⁷⁸ “Artículo 668.- Son responsables civil y penalmente:... 2. **El interventor informador por la veracidad de la información que ofrezca...**”.

obste el ejercicio de la intervención, en ese caso el informador también tiene la obligación de dar cuenta inmediata al Juez.

4.6.1.1.7. Embargo en forma de administración.

Esta medida cautelar se encuentra regulado por el artículo 669º del CPC en el siguiente sentido: *Cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan.*

Esta clase de embargo se limita a la afectación en administración de un bien fructífero con la finalidad de recaudar los frutos civiles que produzca. Esto se infiere de la literalidad del citado artículo, pues tal como lo indica el segundo párrafo del artículo 892º del Código Civil, los frutos civiles se perciben cuando se “recaudan”.

Según el artículo 891º del Código Civil son frutos civiles los que el bien produce como consecuencia de una relación jurídica, a lo que nosotros precisamos que no toda relación jurídica los genera. Basta con citar al contrato de compraventa, la relación laboral, la responsabilidad civil, en donde no hay goce de ningún bien por persona distinta del titular del derecho.

Ejemplo característico de fruto civil tenemos a la renta generada por el contrato de arrendamiento, así como los intereses dinerarios producidos por el contrato de depósito bancario.

4.6.1.2. EL SECUESTRO.

Concepto.

El Secuestro, consiste en la afectación jurídica de un bien que se materializa con la privación¹⁷⁹ del mismo al que lo posee y entrega a un custodio designado por el Juez para su cuidado y vigilancia con la finalidad de evitar su menoscabo o alteración.

Tiene como finalidad asegurar bienes muebles, que son objeto de una pretensión relacionada con el derecho de propiedad o posesión (secuestro judicial), o garantizar la eficacia de la decisión definitiva de condena de dar suma de dinero, emitida en un proceso (Secuestro Conservativo). Por ello se proyecta hacia un fin privado y otro público, porque al satisfacer el interés individual ya descrito logra la paz social basada en justicia.

Esta clase de medida es más seria que el embargo en forma de depósito, pues la afectación jurídica llega a privar de la posesión al afectado, limitando la disponibilidad y el goce del mismo, por ende los presupuestos para su concesión deben estar bien fundamentados.

En efecto, esta medida “es mucho más grave pues lo característico de esta cautela es que, desde el momento mismo de su efectivización, el cautelado *no puede continuar con el uso de la cosa pues se lo desposee* o, con mayor propiedad, se le *quita la tenencia* de ella.”¹⁸⁰

A diferencia del embargo, según Eugenia Ariano Deho, en donde el peligro a eliminar es “el peligro de dispersión del patrimonio del deudor”, en el secuestro el

¹⁷⁹ En ese sentido **ROCCO**, Ugo. Op. cit., página 152.

¹⁸⁰ **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo. Las cautelas procesales. Op. cit., página 43.

peligro a neutralizar es “el peligro de deterioro o pérdida (material o jurídica) del bien”¹⁸¹.

Si bien el artículo 643º del CPC no distingue la naturaleza del bien a gravar, ello no debe llevarnos a prejuzgar que la medida en estudio puede recaer sobre bienes muebles e inmuebles, dejando de lado su esencia, que sólo permite su aplicación a bienes muebles.

Ello se desprende cuando el citado artículo hace referencia a la *desposesión y entrega* del bien, acción que implica el desplazamiento del bien, tornando imposible su empleo en bienes inmuebles.

Clases de Secuestro

Dentro de las medidas para futura ejecución forzada, junto con el Embargo y la Anotación de Demanda, nuestro Código Adjetivo ha regulado el Secuestro, el cual presenta dos variantes: El **Secuestro Judicial** y el **Secuestro Conservativo**, reguladas en el **artículo 643º** del CPC.

4.6.1.2.1. Secuestro Judicial.

Esta medida recae sobre bienes cuyo derecho de propiedad o posesión está en discusión en el proceso principal. Es decir, “tiene por objeto el bien que constituye objeto de la litis.”¹⁸²

¹⁸¹ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Editorial Gaceta Jurídica. Página 9 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

¹⁸² CARNELUTTI, citado por **MONROY GÁLVEZ**, Juan. Temas de Proceso Civil. Op. cit., página 54.

Esta medida asegurativa conservativa, priva la disponibilidad y el goce del bien por el afectado; recae en un bien previamente determinado e individualizado, presente y no futuro; no importando si está en posesión de un tercero tenedor.

Se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo 643º del CPC: *Cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, la medida puede afectar a éste, con el carácter de secuestro judicial, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.*

El peligro a neutralizar por el secuestro judicial es la posibilidad de que la parte demandada realice actos que dañen, destruyan o anulen la importancia económica que el bien representa para el demandante.

Ante tamaña posibilidad, el secuestro judicial opera mediante la desposesión y entrega a un custodio de un bien mueble cuya titularidad del derecho de propiedad o posesión se discute, en aras de conservar su integridad y evitar actos de encubrimiento o disposición.

Como se puede apreciar la “desposesión y entrega a un custodio” es el elemento definidor de la medida (su contenido “específico”).¹⁸³

En palabras de Enrico Redenti dicha medida “tiende a impedir la sustracción o alteración de bienes individualmente determinados, cuya propiedad o posesión se controvierte”¹⁸⁴.

¹⁸³ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., páginas 12, 13 y 16.

¹⁸⁴ **REDENTI**, Enrico. Derecho Procesal Civil. EJEA. Buenos Aires, 1957. Página 106.

Todo ello resulta de mucha importancia al momento de ejecutar la decisión definitiva que persigue poner en manos del demandante el bien cuyo derecho de propiedad o posesión se ha declarado a su favor en el proceso principal, iniciado antes o después de presentada la solicitud cautelar.

En efecto, para que opere la entrega del bien, el proceso principal tiene que tratar, aunque accesoriamente, sobre la titularidad del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, por lo que debe existir cuando menos “una pretensión reivindicatoria del bien, sobre el que se autoriza el secuestro”¹⁸⁵.

Ergo, procede el secuestro judicial cuando existan “controversias sobre la propiedad o posesión (que debería entenderse en sentido lato, es decir no solo en el caso de controversias sobre la propiedad o posesión en estricto (p.ej.: reivindicatoria) sino también cuando ello esté en juego indirectamente (p.ej., nulidad o resolución de un contrato de compraventa).”¹⁸⁶

Cabe precisar que, al ser la cosa el objeto litigioso, “no procede la sustitución ni por otros bienes del mismo valor, ni siquiera por dinero, pues lo que se reclama no es una suma determinada sino ese bien y ninguno distinto de ese.”¹⁸⁷

4.6.1.2.2. Secuestro Conservativo.

Se encuentra regulado en el segundo párrafo del artículo 643º del CPC: *Cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, con*

¹⁸⁵ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Op. cit., página 169.

¹⁸⁶ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Loc. cit.

¹⁸⁷ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Loc. cit.

el carácter de secuestro conservativo, también con desposesión y entrega al custodio.

Conforme al párrafo citado, el secuestro conservativo consiste en la afectación jurídica de un bien mueble del presunto obligado, materializándose con la desposesión del mismo y entrega al custodio para su guarda y vigilancia, evitando así su menoscabo o alteración, situación trascendental al momento de la ejecución forzada, pues cualquier deterioro de la cosa le quitaría valor, tornando en vana ilusión la pretensión del actor.

Solo así se preserva la responsabilidad patrimonial del deudor y se asegura la viabilidad de la futura y efectiva ejecución, eliminando el peligro del daño jurídico, pues tiene como característica fundamental la prevención. Además, actúa como medio para instrumentalizar la ejecución forzada y asegurar la eficacia de la decisión final.

Esta medida precautoria y de garantía¹⁸⁸, priva la disponibilidad y el goce del bien por el afectado, pudiendo recaer en cualquier bien mueble –determinado o no- de propiedad exclusiva del deudor, pero siempre presentes y no futuros; no importando si está en posesión de un tercero tenedor. En ese sentido la doctrina¹⁸⁹ discurre que la titularidad de los bienes que se afecten sean de propiedad del deudor, aunque estos se encuentren en poder de terceros; y que la naturaleza de dichos bienes permitan el desplazamiento, para que opere la desposesión y entrega al custodio, caso contrario, no estaríamos ante un secuestro conservativo propiamente dicho sino ante un depósito.

¹⁸⁸ Ver: **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. El embargo y otras medidas cautelares. Op. cit., página 151.

¹⁸⁹ Ver: **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Op. cit., página 172.

Una condición establecida para la admisión de esta medida es que debe tender a asegurar la obligación de pago contenido en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, obtenido con anterioridad a la presentación de la solicitud, fuera o dentro del proceso contencioso, en el que resulte una sentencia condenatoria de pago de una suma de dinero.

Según el artículo 688º del CPC, son títulos ejecutivos los siguientes: **1.** Las resoluciones judiciales firmes; **2.** Los laudos arbitrales firmes; **3.** Las Actas de Conciliación de acuerdo a ley; **4.** Los Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de la formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia; **5.** La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia; **6.** La prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido; **7.** La copia certificada de la Prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta; **8.** El documento privado que contenga transacción extrajudicial; **9.** El documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual; **10.** El testimonio de escritura pública; **11.** Otros títulos a los que la ley les da mérito ejecutivo.

4.6.1.2.3. Secuestro conservativo sobre bienes informáticos.

Se encuentra regulado en el artículo 647 Aº del CPC, incorporado por el artículo 1º de la Ley N° 26925, publicada el 05 de febrero de 1998: *En caso de que se dicte secuestro conservativo o embargo, sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, el afectado con la medida tendrá derecho a*

retirar la información contenida en ellos. Quedan a salvo las demás disposiciones y las medidas que puedan dictarse sobre bienes informáticos o sobre la información contenida en ellos.

El anotado artículo precisa los límites de la afectación de bienes informáticos, regulando que el afectado tiene derecho a retirar la información contenida en ellos, de lo que se infiere que el afectado puede hacer valer dicho derecho en cualquier momento, no pudiendo el beneficiario de la medida aprovecharse de la información no recabada, salvo mandato judicial. En suma, el dispositivo legal no hace sino excluir de la afectación la información almacenada, entendiendo que solo el elemento corpóreo es objeto del secuestro conservativo.

En ese sentido esta clase de secuestro consiste en la afectación jurídica de bienes informáticos, mediante la desposesión de los mismos al propietario o a un tercero para su entrega al custodio judicial, con exclusión de la información almacenada en ellos.

Los bienes informáticos en referencia son soportes magnéticos –ópticos o similares- con propiedades para almacenar información que por sí misma puede tener un valor económico incluso mayor al soporte que lo contiene.

Pero dicha información no solo puede tener una importancia económica para su propietario sino también un valor espiritual, pues muchas veces las relaciones humanas se plasman en fotos, videos, cartas, correos electrónicos y documentos de diversa índole que de ser conocidos por personas ajenas a este y al círculo social de su propietario pueden afectarlo emocionalmente e incluso poner en riesgo su vida e integridad, salvo que esta las autorice.

Por las razones expuestas, creemos que el legislador ha optado por resguardar los intereses del afectado facultándolo para retirar la información contenida en soportes magnéticos en caso se dicte secuestro conservativo sobre estos, salvo las disposición en contrario y las medidas judiciales que puedan dictarse sobre la información contenida en aquellos.

4.6.1.2.4. Secuestro de bienes dentro de la unidad de producción.

Se encuentra regulado en el artículo 651º del CPC en los siguientes términos: *Pueden secuestrarse bienes muebles que se encuentran dentro de una fábrica o comercio, cuando éstos, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio.*

El citado artículo precisa los bienes y la característica que deben reunir para la procedencia de su afectación. En efecto, esta clase de secuestro consiste en la afectación jurídica de bienes muebles que se encuentran dentro de una fábrica o comercio, mediante la desposesión de los mismos para su entrega al custodio judicial, cuando éstos, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio.

Bien es sabido que las fábricas y los establecimientos comerciales están dotados de maquinarias, herramientas y equipos para la fabricación de ciertos productos y el intercambio bienes o servicios, respectivamente; pues bien el artículo bajo examen se refiere a estos bienes precisando que no pueden afectarse si resultan indispensables para el proceso de producción o de comercio, excluyendo a los productos fabricados y a los bienes objeto de comercio.

Para determinar cuándo éstos, aisladamente, no afectan el proceso de producción o de comercio, debemos de analizar lo indispensable que resultan en tal proceso.

Por ejemplo, ¿qué bienes se podría afectar en un supermercado dedicado a la venta de artículos comestibles (azúcar, arroz, aceite, conservas, etc.), en los cuales en pueden encontrar balanzas, computadoras, cajas registradoras, estantes, escritorios, mesas, mostradores, andamios, así como equipos de limpieza, televisores, juegos de recreación para niños, etc.?

En este caso se tiene que analizar si los bienes efectivamente intervienen en el proceso de comercialización, y si es así, el grado de importancia en el negocio, además de su número, ya que si bien es cierto que las cajas registradoras, por ejemplo, intervienen en el proceso comercial y son necesarias en las transacciones, también lo es que el establecimiento puede funcionar con un número menor al existente en el establecimiento comercial y por ende el exceso se puede afectar. En todo caso, cuando la ejecución de la medida requiera de conocimientos especiales se puede recurrir al auxilio de un perito (artículo 644º del CPC).

Por otro lado, creemos que una de las razones por la que el legislador ha optado por regular el secuestro en este tipo de bienes es resguardar la economía del afectado y por ende la dinámica patrimonial, puesto que si opera sin ninguna restricción, el daño causado sería mayor al interés protegido.

4.6.1.2.5. Secuestro de títulos de crédito.

Esta modalidad de secuestro la encontramos normada en el artículo 652º del CPC: *Cuando se afecten títulos-valores o documentos de crédito en general, éstos serán entregados al custodio haciéndose la anotación respectiva en el documento, conjuntamente con copia certificada de su designación y del acta de secuestro, a fin de representar a su titular. El custodio queda obligado a todo tipo de gestiones*

y actuaciones que tiendan a evitar que el título se perjudique y a depositar de inmediato a la orden del Juzgado, el dinero que obtenga.

La Ley N° 27287, regula los valores materializados (título valor que representa o incorpora derechos patrimoniales) y los desmaterializados (valor representado por anotación en cuenta), precisando que los últimos para tener la misma naturaleza y efectos que los materializados, requieren de su representación por anotación en cuenta y de su registro ante una Institución de Compensación y Liquidación de Valores.

Entre los valores regulados por dicha ley tenemos a los siguientes: Letra de cambio, pagaré, factura conformada, cheque, certificado bancario de moneda extranjera y de moneda nacional, certificado de depósito, warrant, título de crédito hipotecario negociable, conocimiento de embarque, carta de porte, valores, acciones, certificado de suscripción preferente, certificados de participación en fondos mutuos de inversión en valores y en fondos de inversión, bonos, papeles comerciales, letra hipotecaria, cédula hipotecaria, pagaré bancario, y el certificado de depósito negociable.

El objeto de la presente medida son los valores materializados y desmaterializados, puesto que el referido artículo no los distingue. En principio, se presentaría un problema al momento de ejecutar el secuestro de valores desmaterializados, por el desplazamiento que implica dicha medida, sin embargo, tal obstáculo es salvado por la propia Ley de Títulos Valores que regula la posibilidad de transformar estos a valores en título.

El momento en que se materializa el valor inmaterializado ocurre cuando, en la ejecución de la medida, el registrador de Cavali recibe el parte judicial y procede a su anotación, pero solo a efectos de dicha ejecución. Con ello se publicita que el

valor ha sido afectado y por ende impedido de circular, asumiendo Cavali la custodia¹⁹⁰.

4.6.1.3. ANOTACIÓN DE DEMANDA EN LOS REGISTROS PÚBLICOS.

Esta medida cautelar la encontramos regulada en el artículo 673º del CPC, en los siguientes términos: *Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar. El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente. La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.*

Esta medida cautelar puede recaer tanto en bienes muebles como inmuebles, previamente registrados. Se ejecuta inscribiéndose copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

El artículo 673º del CPC ha establecido como presupuesto para su concesión que lo discutido en el proceso principal esté referido a derechos inscritos. Ello conduce a inferir que el mandato contenido en la sentencia definitiva será inscribible, lo que modificaría la situación jurídica del asiento precedente. Situémonos en el caso de un proceso sobre nulidad de contrato de compraventa o en el de enriquecimiento indebido (artículo 326º del C.C), en los que se ampara la pretensión del actor y se ordena la cancelación del asiento registral en el que el demandado aparecía como

¹⁹⁰ Ver: **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Op. cit., página 182.

titular. Algo similar sucedería en el proceso de sustitución judicial de régimen patrimonial (artículo 297º del C.C) –el que terminaría modificando la calidad de los bienes sociales- o en la acción pauliana (artículo 195º del C.C).

Cuando el citado artículo advierte que el registrador inscribirá la medida siempre que resulte compatible con el derecho ya inscrito, quiere decir que el registro opera si en la correspondiente partida registral aparece como último titular vigente el afectado con la medida. Es decir, siempre que exista identidad entre el titular registral y el demandado. En el mismo sentido también ha sido redactado el artículo 2017º¹⁹¹ del C.C.

Por esa razón, cuando no exista dicha coincidencia no resulta procedente la anotación de una demanda, salvo que un mandato judicial lo ordene¹⁹², ello en virtud del artículo 2011º¹⁹³ del C.C., que prohíbe al registrador aplicar el principio de legalidad¹⁹⁴ cuando se trate de resolución judicial que ordene la inscripción,

¹⁹¹ Artículo 2017.- No puede inscribirse un título incompatible con otro ya inscrito, aunque sea de fecha anterior.

¹⁹² La Resolución N° 117-2002-ORLC/TR del 18/02/2002, publicada el 14/03/2002 ha establecido lo siguiente: "Cuando no exista coincidencia entre el titular registral y la parte demandada y no exista pronunciamiento judicial al respecto, no resulta procedente la anotación de una demanda."

¹⁹³ Artículo 2011.- Los registradores califican la legalidad de los documentos en cuya virtud se solicita la inscripción, la capacidad de los otorgantes y la validez del acto, por lo que resulta de ellos, de sus antecedentes y de los asientos de los registros públicos.

"Lo dispuesto en el párrafo anterior no se aplica, bajo responsabilidad del Registrador, cuando se trate de parte que contenga una resolución judicial que ordene la inscripción. De ser el caso, el Registrador podrá solicitar al Juez las aclaraciones o información complementaria que precise, o requerir se acredite el pago de los tributos aplicables, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro." (Párrafo agregado por la Primera Disposición Modificatoria del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS, publicada el 22-04-93).

¹⁹⁴ V. Principio de Legalidad. Los registradores califican la legalidad del título en cuya virtud se solicita la inscripción.

La calificación comprende la verificación del cumplimiento de las formalidades propias del título y la capacidad de los otorgantes, así como la validez del acto que, contenido en aquél, constituye la causa directa e inmediata de la inscripción.

solo facultándolo para solicitar al Juez, aclaraciones o información complementaria, sin perjudicar la prioridad del ingreso al Registro, en cuyo caso, ante la reiteración del mandato el registrador debe acatar, eximiéndose de toda responsabilidad, la cual se trasladaría al Juez de la causa.

La inscripción de la demanda en el asiento respectivo trae como efecto la aplicación de los principios registrales cuando se presenten diversas situaciones vinculadas con la medida.

Es así que si después de la ejecución de la medida suceden otras afectaciones se aplica el principio de prioridad preferente¹⁹⁵, el cual tiene como efecto reservar, retroactivamente, la prioridad de rango del derecho inscrito hasta que termine el proceso, salvo disposición en contrario, por lo que los derechos registrados con posterioridad no surtirán efecto alguno.

Otro efecto de la anotación de demanda se verifica cuando el bien es transferido a un tercero. En este supuesto el adquirente asume las consecuencias de lo que en definitiva se resuelva en el principal, ello en aplicación del principio registral de publicidad material¹⁹⁶, el cual determina la presunción *iuris et de iure*, que todos

La calificación comprende también, la verificación de los obstáculos que pudieran emanar de las partidas registrales y la condición de inscribible del acto o derecho. Se realiza sobre la base del título presentado, de la partida o partidas vinculadas directamente a aquél y, complementariamente, de los antecedentes que obran en el Registro. (Título Preliminar del TUO del Reglamento General De Los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN).

¹⁹⁵ IX. Principio de Prioridad Preferente. Los efectos de los asientos registrales, así como la preferencia de los derechos que de estos emanan, se retrotraen a la fecha y hora del respectivo asiento de presentación, salvo disposición en contrario. (Título Preliminar del TUO del Reglamento General De Los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN).

¹⁹⁶ I. Publicidad Material. El Registro otorga publicidad jurídica a los diversos actos o derechos inscritos. El concepto de inscripción comprende también a las anotaciones preventivas, salvo que este Reglamento expresamente las diferencie. El contenido de las partidas registrales afecta a los terceros aun cuando éstos no hubieran tenido conocimiento efectivo del mismo. (Título Preliminar

tenemos conocimiento del contenido de las inscripciones, aun cuando no haya sido efectivo, sin admitir prueba en contrario, generando de esta manera oponibilidad *erga omnes*.

En tal sentido, no será amparable la invocación de buena fe de aquel que afirme el desconocimiento de un acto que se encontraba inscrito en los Registros Públicos.¹⁹⁷

Por ende si determinado bien –ya afectado- ha sido enajenado por el deudor, el comprador asume la carga, y no puede oponer al acreedor de su transferente la fe pública registral⁽¹⁹⁸⁾⁽¹⁹⁹⁾, porque la anotación de la demanda ha enervado su eficacia.

Este principio constituye el presupuesto básico de nuestro sistema registral. Por éste los actos o derechos una vez inscritos se tornan oponibles de manera

del TUO del Reglamento General De Los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN).

¹⁹⁷ Extracto de la Cas. N° 1738-1998, disponible en: **GACETA JURÍDICA**. El Código Civil en su Jurisprudencia (Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil). Editorial Gaceta Jurídica. Página 679 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

¹⁹⁸ VIII. Principio de Fe Pública Registral. La inexactitud de los asientos registrales por nulidad, anulación, resolución o rescisión del acto que los origina, no perjudicará al tercero registral que a título oneroso y de buena fe hubiere contratado sobre la base de aquéllos, siempre que las causas de dicha inexactitud no consten en los asientos registrales. (Título Preliminar del TUO del Reglamento General De Los Registros Públicos, aprobado por Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 126-2012-SUNARP-SN).

¹⁹⁹ Es "tercero registral" es aquella persona que, sobre la base de la buena fe, adquiere a título oneroso un derecho de quien aparece en el Registro con facultades para otorgarlo, y lo inscribe a continuación. Esta figura la encontramos en el artículo dos mil catorce del Código Civil, que recoge el principio de buena fe registral, y cuyo efecto inmediato es el proteger la adquisición del tercero una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los Registros Públicos, siendo que la buena fe se presume mientras no se pruebe que el tercero conocía la inexactitud del Registro (Extracto de la Cas. N° 1634-2005-Lima, disponible en: **GACETA JURÍDICA**. El Código Civil en su Jurisprudencia. Op. cit., páginas 682 y 683).

automática, sin ser necesario un conocimiento efectivo de los mismos para que la inscripción despliegue todos sus efectos.

En ese orden de ideas, en este tipo de medida el peligro a contrarrestar no “atiende a “algo” que haría “imposible o irrealizable la ejecución futura de lo que se ordene en la sentencia”, [pues]..., por lo general, las demandas “anotables” o plantean pretensiones meramente declarativas o pretensiones constitutivas, por lo que el “peligro” a neutralizar es el que se deriva de la protección que brinda nuestro sistema registral a los terceros que adquieren “algo” de buena fe (y a título oneroso) sobre la base de lo que se publicita en el Registro.”²⁰⁰

Es decir, el peligro a neutralizar es la posibilidad de que la parte demandada en base a que el registro lo hace aparecer como titular indiscutible, proceda a disponer de los bienes litigiosos, los cuales, en su caso, no le podrán ser arrebatados al tercero adquirente de buena fe, o “si por ejemplo, estamos ante una demanda de condena (por ejemplo una reivindicatoria), la anotación de demanda “facilita” la ejecución (es decir, el lanzamiento), en cuanto no podría salir un “tercero” y decir que él es el nuevo propietario y no ha sido parte en el proceso.”²⁰¹

En síntesis, la medida cautelar de anotación de demanda “es una medida cautelar que tiene por objeto publicitar, es decir hacer público conocimiento que el derecho inscrito en el Registro Público respecto de un bien se encuentra discutido en juicio y ello tendrá el efecto de que quien adquiera algún derecho respecto de dicho bien, con posterioridad a la anotación de la demanda, no podrá alegar la buena fe

²⁰⁰ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 18.

²⁰¹ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Loc. cit.

registrar: el efecto de dicha medida será que si el titular de la medida cautelar vence en el juicio cuya demanda fue anotada, tendrá prevalencia respecto del resto de personas que inscribieron su derecho con posterioridad. Esta preferencia o prevalencia surtirá su efecto respecto de nuevos propietarios, así como respecto de todos los gravámenes originados con hipotecas o embargos trabados por obligaciones provenientes del vencido en el juicio cuya demanda anotó o de los terceros cuyos derechos se inscribieron con posterioridad a la medida”²⁰².

4.7. MEDIDAS TEMPORALES SOBRE EL FONDO.

Concepto y aspectos generales

Las medidas temporales sobre el fondo son la expresión de la urgente necesidad impostergable de los justiciables de calmar su carencia de justicia que de común no encontrarán en la legal o natural morosidad de los procesos judiciales. Los presupuestos básicos para otorgarlas se detallan en el artículo 674º del CPC.

“Excepcionalmente, por la necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público”

La medida temporal sobre el fondo es de naturaleza preventiva material. Es decir, busca que el beneficiado en caso de ser amparada su pretensión tenga, de forma

²⁰² Extracto de la resolución de fecha 15 de marzo de 2010, emitida en el Exp. N° 02465-2009, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 246.

anticipada, los mismos resultados que si hubiese tenido que aguardar hasta el final del proceso...”²⁰³.

A despecho de los requisitos exigidos en el artículo 611º del CPC esta medida exige otros más graves y concurrentes, por ello su carácter excepcional, pues no se trata de garantizar el cumplimiento de la decisión definitiva sino de adelantar el goce de lo pretendido en el proceso, ya sea de forma total o parcial, pero siempre discurriendo que los efectos de la decisión cautelar puedan ser reversibles.

En doctrina es bien discutido que esta medida encaje dentro de la naturaleza de las medidas cautelares, pues la finalidad de las medidas en estudio no es en sí brindar tutela cautelar sino tutela anticipada, es decir anticipar los efectos de lo pretendido.

En el orden de ideas expuesto se afirma que dichas tutelas tienen distinta naturaleza, por cuanto “la tutela anticipada, es una *técnica procesal*; [y]... la tutela cautelar, es una especie de *tutela jurisdiccional*”²⁰⁴. Asimismo, refieren que “en la tutela anticipatoria... *la eficacia y el efecto provienen de la ley sustancial*”²⁰⁵, mientras que en la tutela cautelar la “eficacia y el efecto se yerguen,... no de la ley sustancial, sino de la propia ley procesal”²⁰⁶.

²⁰³ Fundamento Tercero de la Resolución número tres, emitida en el Expediente N° 081-2006, por la Primera Sala Civil, con Subespecialidad Comercial de la Corte Superior de Justicia de Lima.

²⁰⁴ **DIDIER JÚNIOR**, Fredie; **SARNO BRAGA**, Paula y **SANTOS DE OLIVEIRA**, Rafael. Op. cit., página 339.

²⁰⁵ **ALVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto. Notas sobre la tutela de urgencia. En: **GACETA JURÍDICA**. Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica. Página 287 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

²⁰⁶ **ALVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto. Op. cit., página 292.

No obstante, “tanto la tutela cautelar típica como la anticipatoria tienen como función principal prevenir el daño, pues ambas están vinculadas a la urgencia... Por eso mismo, tanto la providencia cautelar en sentido estricto como la anticipatoria pueden ser modificadas o revocadas en cualquier tiempo y no dispensan la emisión de la sentencia en cuanto al derecho principal, después de realizada la instrucción, si esta se exhibiera necesaria.”²⁰⁷

En suma, lo cierto es que ambas tutelas garantizan el goce efectivo del derecho perseguido por los justiciables²⁰⁸ y las dos sirven de instrumento del proceso principal, del cual dependen, por lo demás, a efectos prácticos, no tiene mucha entidad discernir sobre su naturaleza o en cómo debe denominarlas, lo importante es que esta trascendental herramienta se encuentra regulada en nuestro ordenamiento procesal con la finalidad de salvaguardar el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva.

En nuestra legislación, estas medidas atienden a casos específicos, por la naturaleza urgente de la pretensión o porque se presentan condiciones objetivas que hacen razonable su concesión; por ello se exige al demandante que genere en el juez ya no una simple verosimilitud en el derecho invocado sino una alta probabilidad de que ese derecho será amparado; y en segundo término, que acredite la necesidad de que se despache dicha medida porque se requiere urgente atención o porque no hay mayor obstáculo para su ejecución; asimismo,

²⁰⁷ **ALVARO DE OLIVEIRA**, Carlos Alberto. Op. cit., página 284.

²⁰⁸ Es que si bien ambas tutelas –cautelar y anticipada- “son institutos jurídicos de distinta naturaleza... sea a través de las cautelares, sea mediante la satisfacción de la pretensión, se garantiza de manera indirecta o directa la efectividad de la sentencia.” **RIVAS**, Adolfo. Las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Op. cit., página 212.

se ha previsto como límite de su despacho, que la medida pueda ser reversible y que no afecte el interés público.⁽²⁰⁹⁾

Presupuestos.

- **Necesidad impostergable del que la pide**

El primer requisito exigido por las medidas temporales sobre el fondo es que el solicitante adolezca de una necesidad que no pueda postergar, es decir que carezca de alguna cosa de la cual le es imposible sustraerse o resistir por ser menester para la conservación de la vida o para llevarla con dignidad, como es el caso de los alimentos que la demora en su provisión pondría en riesgo o peligro la vida y salud del alimentista.

- **Firmeza del fundamento de la demanda**

Los fundamentos de hecho y de derecho de la demanda, en este tipo de medidas, deben de ser de tal magnitud que el Juez pueda representarse la existencia de una relación lógica de correspondencia entre lo solicitado y lo pretendido, en base a máximas de la experiencia, sin que se hayan actuado los medios probatorios.

Es decir, para “... satisfacer anticipadamente el objeto pretendido... se requiere, no una simple verosimilitud sino una fuerte probabilidad que, la posición de quien

²⁰⁹ CAMA QUISPE, Jacinto Arnaldo. Op. cit., página 243. En el mismo sentido lo siguiente: “[La] solicitud de medida temporal sobre el fondo... se concede excepcionalmente, para lo cual se requiere, no una simple verosimilitud sino una fuerte probabilidad que, la posición de quien la solicita sea jurídicamente la correcta” (Resolución de fecha 26 de marzo de 2009, emitida en el Exp. N° 2607-08, por la Cuarta Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 248).

la solicita sea jurídicamente la correcta.”²¹⁰ Por tanto, si de los documentos anexados se advierte que los fundamentos deben ser ampliamente debatidos en el proceso principal, no se podrá demostrar la firmeza del fundamento de la demanda.

- **Solidez de la prueba aportada**

Este requisito está relacionado con el anterior, pues la firmeza del fundamento de la demanda es sustentada por los medios probatorios aportados, que deben ser contundentes y de tal entidad que de ser genuinos será inevitable que la pretensión del principal será declarada fundada.

Citaremos como ejemplo la partida de nacimiento del menor alimentista cuyo reconocimiento paterno consta en dicho documento, haciendo indubitable la relación familiar existente entre los justiciables.

- **Los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión**

Puede ser que los fundamentos y medios probatorios ofrecidos encajen dentro de los supuestos de estas medidas, pero si los efectos que trae consigo la ejecución de las mismas no se pueden revertir serán declaradas improcedentes. Ello en virtud de que si no fuera así se causaría un grave daño al afectado si la demanda en su contra no prospera, mientras que el afectado habría gozado de un derecho que no le corresponde.

²¹⁰ Fundamento Cuarto de la Resolución de fecha 26 de marzo de 2009, emitida en el Expediente N° 2607-08, por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

Es decir, este requisito prevé la eventualidad de que el proceso principal termine sin un pronunciamiento a favor del demandante, el cual de manera anticipada ya disfrutó o disfruta de un derecho ajeno a su esfera jurídica.

Por ejemplo, en los supuestos de los artículos 675°, 677°, 678°, 679°, 680° y 681° del CPC los efectos de las medidas dictadas son reversibles, pues si la sentencia es desfavorable al demandante este queda obligado a la devolución de la suma percibida (alimentos), a la entrega del bien (desalojo), a restituir la administración de los bienes o de la posesión (interdicto de recobrar).

Dicho esto resulta interesante preguntarse si la reversibilidad a que se refiere el artículo en comento solo se puede dar de manera similar a los ejemplos citados y no en su equivalente. Por ejemplo, en un proceso sobre cumplimiento de contrato cuya prestación debida es una cirugía plástica ¿sería reversible la satisfacción anticipada del servicio exigido? Conforme a lo expuesto sería imposible²¹¹, pues no es factible deshacer lo realizado. No obstante, creemos que en términos económicos sí sería posible si se valoriza monetariamente el acto médico, monto que en vía de ejecución de la contracautela se revertirá al patrimonio del demandado.

En ese sentido, el artículo 676° del CPC, en el caso de alimentos, ha previsto que si la sentencia es desfavorable al demandante, queda obligado a la devolución de la suma percibida con sus respectivos intereses legales.

²¹¹ En cambio existe diferente opinión: “Cuando el juez determina que el derecho del demandante es más probable que el del demandado y, además, constata un peligro en la demora suficiente, puede ordenar la ejecución de la medida (tutela satisfactiva anticipada) a pesar de que los efectos de dicha decisión sean irreversibles” (*Gaceta Civil y Procesal Civil*, Noviembre, 2013. Tomo N° 5. Página 233).

Este presupuesto es propio de las medidas en estudio, no lo encontramos en ninguna otra; la razón: sus efectos anticipatorios. Las otras medidas reguladas en el CPC son asegurativas, conservativas o tienden a evitar un perjuicio irreparable, pero las medidas temporales sobre el fondo trascienden hasta la tutela efectiva, solo que siempre a expensas del proceso principal.

- **Los efectos de la decisión no afecten el interés público**

Escola²¹² define al interés público como “el resultado de un conjunto de intereses compartidos y coincidentes de un grupo mayoritario de individuos que se asigna a toda la comunidad como consecuencia de esa mayoría, y que encuentra su origen en el querer axiológico de esos individuos, apareciendo con un contenido concreto y determinable, actual, eventual o potencial, personal y directo respecto de ellos, que pueden reconocer en él su propio querer y su propia valoración, prevaleciendo sobre los intereses individuales que se le opongan o lo afecten, a los que desplaza o sustituye, sin aniquilarlos”.

En ese orden de ideas las medidas temporales sobre el fondo deben respetar aquel conjunto de principios que fundamentan las bases democráticas del Estado de Derecho, los cuales se revelan materializados o no en reglas y normas imperativas o prohibitivas, configuradas en nuestro ordenamiento jurídico. Por lo que si bien es cierto que todas las personas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades para alcanzar su plena realización, también lo es que los mecanismos utilizados para ello deben respetar o ceñirse a los cánones establecidos por la sociedad.

²¹² **ESCOLA**, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del Derecho Administrativo. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1999. Páginas 249 y 250.

Por ejemplo si un Juez concede una Asignación Anticipada de Alimentos por encima del 60% permitido por ley, estaría infringiendo una regla de orden público, no solo porque va contra una regla prohibitiva (artículo 648º, inciso 6, del CPC) sino también porque estaría atentando contra el sustento de vida del afectado, el cual se encuentra protegido por los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política del Perú.

Ahora bien, las medidas temporales sobre el fondo reguladas en nuestro Código Adjetivo son seis, y se encuentran prescritas desde los artículos 675º a 681º del CPC, las cuales a criterio de Ledesma Narváez²¹³ son *numerus clausus*, pero que sin embargo considera, citando un caso sobre indemnización, la posibilidad de solicitarlos en otros casos distintos, pues de otra manera se atentaría contra el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.

Consideramos acertado dicho razonamiento, sin embargo estimamos que también se podría solicitar una medida sobre el fondo, fuera de los supuestos establecidos, utilizando la medida cautelar genérica (artículo 629º del CPC), siempre que dicha petición reúna los presupuestos establecidos en el artículo 674º del CPC.

Supuestos regulados en el Código Procesal Civil.

4.7.1. Asignación anticipada de alimentos.

El artículo 675 del CPC regula este caso: *En el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil. En los casos de hijos*

²¹³ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 298.

menores con indubitable relación familiar, el juez deberá otorgar medida de asignación anticipada, actuando de oficio, de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda. El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva.”

Los alimentos son aquellas “asistencias que por ley contrato o testamento se dan a algunas personas para su manutención y subsistencia; esto es, para comida, bebida, vestido, habitación y recuperación de la salud, además de la educación e instrucción”²¹⁴. Siendo de importancia vital los alimentos para el ser humano, en casos de necesidad impostergable de estos se ha establecido su provisión adelantada.

En el artículo bajo comentario es procedente el anticipo de los alimentos solo cuando lo solicita los ascendientes, el cónyuge, los hijos menores o mayores de edad, excluyendo a los hermanos, los concubinos (artículo 326²¹⁵ del C.C.), las madres solteras (artículo 414²¹⁶ del C.C.), los hijos alimentistas (artículo 415²¹⁷ del C.C.) y otros supuestos regulados nuestra legislación.

²¹⁴ **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. Op. cit., página 31.

²¹⁵ “Artículo 326.-... La unión de hecho termina por muerte, ausencia, mutuo acuerdo o decisión unilateral. En este último caso, el juez puede conceder, a elección del abandonado, una cantidad de dinero por concepto de indemnización o una pensión de alimentos, además de los derechos que le correspondan de conformidad con el régimen de sociedad de gananciales...”

²¹⁶ “Artículo 414.- En los casos del artículo 402, así como cuando el padre ha reconocido al hijo, la madre tiene derecho a alimentos durante los sesenta días anteriores y los sesenta posteriores al parto, así como al pago de los gastos ocasionados por éste y por el embarazo...”

²¹⁷ “Artículo 415.-Derechos del hijo alimentista. Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental...”

La prueba aportada en la solicitud cautelar debe corroborar de forma indubitable la relación familiar existente entre el alimentista y el obligado, siendo –por ley- los documentos idóneos los instrumentos públicos en donde consten el reconocimiento del hijo o del matrimonio, pudiendo ser la partida de nacimiento o matrimonio, la escritura pública, el testamento o una resolución judicial, expedidos conforme a ley.²¹⁸

En los casos de hijos menores, demás está decir que con indubitable relación familiar, se ha dispuesto de manera imperativa que el juez otorgará asignación anticipada, actuando de oficio, en caso de no haber sido requerida dentro de los tres días de notificada la resolución que admite a trámite la demanda. En los demás casos la medida procede solo a solicitud de parte.

Los hijos mayores de 18 años accederán al goce de alimentos antelados, en los supuestos establecidos en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil, según los cuales subsiste la obligación alimentaria siempre que estos estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad o no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas.

Como ya lo anotamos esta medida adelanta el goce de lo pretendido en el proceso, ya sea de forma total o parcial, pero siempre que los efectos de la decisión cautelar puedan ser reversibles, pues existe la posibilidad de que el

²¹⁸ "Artículo 387.- Medios probatorios en filiación extramatrimonial. El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. ..."

"Artículo 390.- El reconocimiento se hace constar en el registro de nacimientos, en escritura pública o en testamento."

"Artículo 269.- Para reclamar los efectos civiles del matrimonio debe presentarse copia certificada de la partida del registro del estado civil..."

proceso de alimentos concluya con un pronunciamiento en contra del demandante, perjudicando así al demandado.

La naturaleza reversible de los efectos de la medida se puede apreciar en el artículo 676º del CPC que ha previsto el caso de la sentencia definitiva desfavorable al demandante, el cual queda obligado a la devolución de la suma percibida con sus respectivos intereses legales.

4.7.2. Medidas temporales sobre el fondo en asuntos de familia e interés de menores.

Estas medidas se encuentran contempladas en el primer párrafo del artículo 677º del CPC: ***Cuando la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella. Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 53.***

Tienen su fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política del Perú de 1993, según el cual el Estado protege especialmente al niño, al adolescente y a la familia, reconociendo a esta última como instituto natural y fundamental de la sociedad. Por ende, en toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Juez, considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos, conforme lo establece el artículo IX del Título Preliminar del Código de los niños y adolescentes, Ley N° 27337 (en adelante CNA).

Según el primer párrafo, los procesos en los que se pueden solicitar medidas temporales sobre el fondo, son aquellos en donde la pretensión principal versa sobre **separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela**, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella.

Al respecto, se ha dicho lo siguiente: “¿qué puede significar la “ejecución anticipada de la futura decisión final”, por ejemplo, en un divorcio? ¿”Declarará”, como “medida temporal” acaso el “divorcio provisional”? Establecer lo que establece el artículo 677 del CPC es como decir, simple y puramente, “nada”.”²¹⁹

Resulta lógico decir que tal como está redactado dicho párrafo pareciera que en el proceso de divorcio se podría solicitar de manera anticipada la disolución del vínculo matrimonial, lo que no es cierto, ya que la sentencia que declara el divorcio es constitutiva, es decir la “disolución opera ex nunc... a diferencia de la nulidad de matrimonio que sí lo aniquila retroactivamente.”²²⁰ Por ello, los cónyuges se consideran divorciados desde el día en que la sentencia ha quedado firme.

Sin embargo, lo inferido nos lleva a concluir que cuando el primer párrafo hace referencia a la “pretensión principal” no debemos entenderla en el sentido de que solo respecto de esta pueden solicitarse las medidas en estudio, sino que también procede el goce anticipado de las pretensiones acumuladas.

En el caso del proceso de **Divorcio** se puede solicitar de manera anticipada, según corresponda, los efectos de las pretensiones acumulables, como son:

²¹⁹ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 20.

²²⁰ **CABELLO**, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú”. 2º Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1999. Página 441.

Separación provisional de los cónyuges, la directa administración de los bienes que conforman la sociedad conyugal, alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal (artículos 483º, 485º y 575º del CPC²²¹).

En el proceso de **Separación** se puede solicitar de manera anticipada, según corresponda, la misma separación de manera provisional, así como respecto de las pretensiones acumuladas descritas en los artículos 483º y 485º del CPC.

En procesos referidos a la **Patria Potestad** como los de **suspensión o pérdida**, el Juez especializado en cualquier estado de la causa, está facultado para poner al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia, así lo ordena el artículo 80º²²² del CNA.

²²¹ “**Artículo 483.-** Salvo que hubiera decisión judicial firme, deben acumularse a la pretensión principal de separación o de divorcio, las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de éstos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal...”. **Artículo 485.-** Después de interpuesta la demanda son especialmente procedentes las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges; alimentos; tenencia y cuidado de los hijos por uno de los padres, por ambos, o por un tutor o curador provisionales; y administración y conservación de los bienes comunes. **Artículo 575.-** A la demanda debe anexarse especialmente la propuesta de convenio, firmada por ambos cónyuges, que regule los regímenes de ejercicio de la patria potestad, de alimentos y de liquidación de la sociedad de gananciales conforme a inventario valorizado de los bienes cuya propiedad sea acreditada.

²²² “**Artículo 80.- Facultad del Juez.-** El Juez especializado, en cualquier estado de la causa, pondrá al niño o adolescente en poder de algún miembro de la familia o persona distinta que reúna las condiciones de idoneidad, si fuera necesario, con conocimiento del Ministerio Público...”

En los procesos de **régimen de visitas y entrega de menor**, se puede solicitar provisionalmente dicho régimen o la tenencia, conforme los artículos 89º y 87º del CNA²²³, respectivamente.

En el proceso de Tutela, en el supuesto de **suspensión provisional del tutor**, el Juez, después de presentada la demanda, puede suspender provisionalmente al tutor (artículo 555º del C.C.).

Por otro lado, lo regulado en el **segundo párrafo**, según la doctrina, son medidas autosatisfactivas, pues se trataría de “un requerimiento urgente formulado al órgano jurisdiccional por los justiciables que se agota con su despacho favorable; no siendo, entonces, necesaria la iniciación de una ulterior acción principal para evitar su caducidad o decaimiento”²²⁴.

Autosatisfactivas o no lo cierto es que **no son medidas temporales sobre el fondo**, pues con ellas se da solución a situaciones que se pueden presentar durante el trámite del proceso (actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar), pero no están referidas a satisfacer por adelantado la pretensión del principal.

4.7.3. Ejecución anticipada en la administración de bienes.

²²³ **Artículo 89.- Régimen de Visitas.-** El padre o la madre que haya sido impedido o limitado de ejercer el derecho de visitar a su hijo podrá interponer la demanda correspondiente acompañando la partida de nacimiento que acredite su entroncamiento. Si el caso lo requiere podrá solicitar un régimen provisional. **Artículo 87.- Tenencia provisional.-** Se podrá solicitar la Tenencia Provisional si el niño fuere menor de tres años y estuviere en peligro su integridad física, debiendo el Juez resolver en el plazo de veinticuatro horas...”

²²⁴ **PEYRANO**, Jorge W. Un fuerte espaldarazo jurisprudencial a la medida autosatisfactiva. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Nº 10. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, julio 1999. Página 329.

Esta medida sobre el fondo aparece en el artículo 678º del CPC: *En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable.*

Existen situaciones en las que se torna urgente la administración de bienes, ya sea porque el administrador de los mismos es incierto, está desaparecido, falleció, renunció, fue removido –y no existen personas que de derecho lo sustituyan- o porque sus copropietarios no convienen en su ejercicio.

El Código Adjetivo ha recogido tales hechos en su artículo 769º y 777º, conforme a los cuales se puede pretender el nombramiento o remoción de administradores judiciales de bienes, vía proceso no contencioso.

El nombramiento del administrador judicial de bienes procede a falta de padres, tutor o curador, y en los casos de ausencia o de copropiedad; estos supuestos se encuentran contemplados en el C.C.: **1.-** El artículo 54º que estipula sobre la designación de administrador judicial del que obtuvo la posesión temporal de los bienes del ausente. **2.-** El artículo 851º, sobre la administración de herencia indivisa. **3.-** El artículo 972º y 973, sobre la administración de los bienes en copropiedad. **4.-** El artículo 599º, respecto de la curatela especial de bienes cuando los derechos sucesorios son inciertos.

Es en tales supuestos que el interesado podría solicitar el nombramiento provisional de un administrador judicial siempre y cuando cumpla con acreditar la necesidad impostergable de su designación, la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la reversibilidad de los efectos de la decisión, la no afectación el interés público y que lo perseguido es evitar un perjuicio irreparable,

que puede darse si la falta de aquel, por ejemplo, produce la pérdida o devaluación de los bienes.

La remoción del administrador judicial se da cuando este no cumple con sus obligaciones de rendir cuentas e informar de su gestión en los plazos acordados por los interesados o en los establecidos en el Código Civil y, en todo caso, al cesar en el cargo (artículo 774º del CPC). Asimismo, cuando no se sujeta a las prohibiciones que prescribe el Código Civil, y a las que especialmente pueda imponer el Juez en atención a las circunstancias (artículo 775º del CPC).

En ese sentido, después de presentada la demanda de remoción, el Juez, puede suspender provisionalmente al tutor (artículo 555º y 557º del CC), lo que constituye en sí una medida sobre el fondo porque lo que se busca en dicho proceso es que el administrador demandado ya no siga en funciones.

Antes de concluir con el tema, cabe precisar que corresponde solicitar la administración provisional de bienes, según el caso, solo a aquellos que aparentan o tienen derecho de propiedad sobre los mismos, por lo que no procede solicitar semejante medida respecto de bienes pertenecientes a otras personas –físicas o jurídicas-.

4.7.4. Ejecución anticipada en desalojo.

Esta medida cautelar específica aparece en el artículo 679º del CPC en los siguientes términos: *En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.*

El proceso de desalojo persigue la restitución de bienes inmuebles o muebles y puede demandarlo o ser demandado todo aquel que considere tener derecho a la restitución de los mismos²²⁵ o a quien le es exigible la restitución²²⁶, respectivamente (artículos 585° y 596° del CPC). Las causales de este proceso están reguladas en el artículo 1697°, 1698°, 1699°, 1703°, 1704° y 1705° del CC.

El proceso de desalojo por vencimiento del plazo del contrato tiene por finalidad devolver la posesión del bien al arrendador del mismo, por cuanto su arrendatario no ha cumplido con restituirle la cosa pese a que el plazo acordado ya expiró, a no ser que el demandado pruebe su vigencia. Todo ello constituye el *thema probandum*.

En los contratos de arrendamiento de inmuebles, con firmas legalizadas ante notario público o juez de paz, en aquellos lugares donde no haya notario público, que contengan una cláusula de allanamiento a futuro del arrendatario, para la restitución del bien por conclusión del contrato o por resolución del mismo por falta de pago conforme a lo establecido en el artículo 1697 del Código Civil, el Juez notifica la demanda al arrendatario para que, dentro del plazo de seis días, acredite la vigencia del contrato de arrendamiento o la cancelación del alquiler adeudado (Tercer párrafo del artículo 594° del CPC, modificado por el Artículo 5° de la Ley N° 30201, publicada el 28 mayo del 2014, el mismo que entró en vigencia a los cuarenta y cinco días hábiles de su publicación).

La medida en estudio se refiere al proceso aludido, estimando que procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitadamente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien.

²²⁵ El propietario, el copropietario, el arrendador, el administrador, el usufructuario, el usuario, el comodante.

²²⁶ El arrendatario, el sub-arrendatario, el precario, el comodatario, el depositario de un bien.

La **acreditación indubitable del derecho** a la restitución está referida a la firmeza del fundamento de la demanda sustentado por la prueba aportada que debe de ser de tal magnitud que el Juez pueda representarse una fuerte probabilidad de la existencia del derecho del solicitante. Un medio probatorio con esas características lo constituye el contrato de arrendamiento con firmas legalizadas por un notario público en el que conste el plazo de duración del mismo.

El otro requisito exigido por el código adjetivo es la acreditación del **abandono del bien** –que puede haberse producido antes o después de presentada la demanda-, lo cual se verifica siempre que el arrendatario haya dejado voluntariamente el bien, renunciado a todas las facultades sobre este. El abandono es la “antítesis de la ocupación”²²⁷ mediando un elemento subjetivo volitivo que rehúye la posesión del bien, despreciándola y repugnándola.

Estas precisiones deben ser tomadas en cuenta por el Juez al momento de comprobar el abandono del bien, pues si bien puede toparse con el elemento objetivo de este –inmueble vacío- cabe la posibilidad de haber ocurrido por causas de salud (hospitalización), económicas (viaje laboral), por disposición de una autoridad (detención) o por cualquier otra causa ajena a la voluntad del arrendatario.

No obstante, lo señalado, es preciso formular la siguiente pregunta “si el “bien” ha sido “abandonado” (se entiende por el demandado), ¿a quién “desalojamos”? En rigor, estaríamos ante un caso en el que lo que se busca no es el “desalojo”, sino una autorización judicial para entrar en posesión del bien. Si esa fue la “intención”

²²⁷ **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. Op. cit., página 10.

del legislador, debió preverlo como uno de los posibles desenlaces del proceso de desalojo, que no por nada es un proceso especial.”²²⁸

Ahora bien, además la medida debe obedecer a un requisito general como es la **necesidad impostergable** del que la pide, que se refleja en la carencia impostergable, por ejemplo, de vivienda por ser menester para la protección y conservación de la vida o en la urgencia de conservar el bien abandonado. Asimismo, deberá acreditar que los efectos de la decisión puedan ser de posible reversión y no afecten el interés público.

Por otro lado, el artículo en comento no agota la procedencia de la medida en la interposición de la demanda de desalojo por la causal ya estudiada, sino que también se extiende a procesos de desalojo basados en otras causales, pues el mismo hace mención a que puede ser incoado a causa de “otro título que obligue la entrega” del bien.

4.7.5. Efectos anticipados en casos de separación o divorcio.

El artículo 680° del CPC prescribe que: *En cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.*

En los procesos de separación de cuerpos o divorcio por causal se discuten, además de la pretensión principal, otras de interés personal, económicos y públicos, por ello la medida en estudio no siempre adelantará los efectos de la pretensión principal, como la disolución del vínculo matrimonial, por ejemplo, sino

²²⁸ **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 21.

que también se podrá referir a la finalidad ínsita de dichos procesos que es conseguir la interrupción de la vida conyugal, manifestada en la suspensión de los deberes relativos al lecho y habitación (artículo 332° del CC) y en la separación de bienes gananciales.

Es por ello que el CPC ha regulado la posibilidad de solicitar en vía incidental que los cónyuges vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

Lo anotado hasta aquí guarda concordancia con el artículo 483° y 485° del CPC, según el cual, después de interpuesta la demanda, de separación de cuerpos o divorcio por causal, son especialmente procedentes, entre otras, las medidas cautelares sobre separación provisional de los cónyuges y la administración de los bienes comunes.

4.7.6. Ejecución anticipada en el interdicto de recobrar.

Apunta el artículo 681° del CPC: *En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida.*

El interdicto de recobrar es un proceso judicial sumarísimo, destinado a reponer al demandante en su **posesión de hecho** del que fue privado indebidamente, sin importar la legitimidad de la misma, procediendo dentro del año de ocurrido el despojo y respecto de bien inmueble, así como de mueble inscrito, siempre que no sea de uso público.

También procede para proteger la posesión de servidumbre, cuando ésta es aparente. Sin embargo, si se prueba que el despojo ocurrió en ejercicio del

derecho de defensa posesoria extrajudicial (artículo 920° del CC), la demanda será declarada improcedente (artículo 598°, 599°, 601°, 603° y 604° del CPC).

Conforme el referido artículo, procede adelantar los efectos del proceso de interdicto de recobrar, o sea la posesión provisoria, siempre que el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida, por lo que los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto desposesorio o su ausencia (artículo 600° del CPC).

La **acreditación verosímil del derecho a la restitución** está referida a la firmeza del fundamento de la demanda sustentado por la prueba aportada que debe conducir al Juez a representarse la existencia del derecho del solicitante.

El otro requisito concurrente al primero es **la acreditación verosímil del despojo del bien**, lo cual podrá ser comprobado mediante fotos, videos o por actas policiales que demuestren el hecho del despojo.

El artículo en comento tiene su gemelo, el cual se encuentra regulado en el tercer párrafo del artículo 603° del CPC, modificado por el artículo único de la Ley N° 30199, publicada el 18 mayo 2014: *“Procede a pedido de parte la solicitud de posesión provisoria del bien una vez que haya sido admitida la demanda, la que se sujeta a los requisitos y trámites de la medida cautelar.”* La citada modificación resulta redundante por cuanto la posesión provisoria ya está prevista en el artículo en comento.²²⁹

4.8. MEDIDAS INNOVATIVAS

²²⁹ En el mismo sentido las opiniones vertidas por María Elena GUERRA CERRÓN y Luis ALFARO VALVERDE en *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Mayo, 2014. Tomo N° 11. Páginas 180 y 182, respectivamente.

Concepto.

Las medidas innovativas también son expresión de la necesidad de justicia ocasionado por los tardos y lerdos procesos judiciales. Sus requisitos generales se precisan en el artículo 682º del CPC.

“Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley.”

Con estas se busca modificar una situación de hecho o de derecho alterado indebidamente, trastocando el statu quo existente antes de solicitar su dictado, logrando los efectos discutidos o a discutir en el proceso principal, protegiendo así la eficacia del proceso y por ende la paz social. Esto es así porque cuando se emite una medida cautelar no solo se satisface intereses privados sino que además se va a lograr el mantenimiento del ordenamiento jurídico y por ende la paz social basada en justicia.

En suma, de lo que se trata es cambiar una situación lesiva por otra favorable que estuvo vigente en un punto anterior a su transgresión, y que se materializa mediante actuaciones positivas o negativas. Véase el caso de la reposición laboral y la paralización de los trabajos de edificación, respectivamente.

El CPC las conceptúa como aquellas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda, estableciendo como requisitos para su dictado –además de los previstos en el artículo 611º del CPC- la inminencia de un perjuicio y siempre cuando no resulte

aplicable otra prevista en la ley, lo que justifica su carácter excepcional. De igual manera, Peyrano conviene que esta medida es de carácter excepcional, agregando que la misma se traduce en la “orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de un proceder antijurídico”²³⁰.

Características.

- **La inminencia de un perjuicio irreparable.**

El primer requisito exigido por las medidas innovativas es la existencia de un perjuicio, en el cual deben concurrir dos características: ser inminente e irreparable.

El perjuicio a que se refiere la regla se deriva de la desidia judicial y se manifiesta en el detrimento patrimonial o espiritual cuyo acaecimiento amenaza o está para suceder prontamente, y si ocurriera, sus efectos no se podrán revertir, tornándolo irremediable, sin visos de solución, causando un grave daño al demandante. Por ello es que puede solicitarse y dictarse hasta antes de presentar la demanda.

En efecto, la medida innovativa “a diferencia de los requisitos comunes a toda medida cautelar, requiere de una adicional... la irreparabilidad del perjuicio”..., ello significa [que]... el peticionante debe acreditar al juez que si no hace o se deja de hacer un acto ahora que él lo pide nunca más se va a presentar el estado de cosas que se tiene ahora. Vale decir que si el Juez se reserva la decisión para el

²³⁰ **PEYRANO**, Jorge. “Medida cautelar innovativa”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981. Página 21.

momento del fallo definitivo, para tal fecha la situación será irreversible desfavorable para el peticionante, a pesar de que el fallo ampara su pretensión.”²³¹

- **Esta medida es excepcional.**

El artículo en comento justifica la excepcionalidad de esta medida en que su dictado procederá sólo cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley. Sin embargo, dicha justificación resulta redundante, pues todas las medidas cautelares específicas tienen sus propias características y por tanto ninguna de las restantes puede proteger o exigir lo que las medidas innovativas

Por la gravedad que representan sus efectos anticipatorios, esta medida requiere para su dictado no una simple verosimilitud sino una fuerte probabilidad de la existencia del derecho de quien la solicita. Es decir, los fundamentos de la solicitud cautelar deben hacer representar al Juez la existencia de una correlación lógica entre lo solicitado y lo pretendido, sustentado en medios probatorios contundentes. Ahí radica, creo, la excepcional de esta medida.

- **Están destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho.**

Las medidas innovativas tienen como finalidad instaurar una situación de hecho o de derecho que de manera indebida ha sido alterada por el demandado. Es decir, altera una situación actual con la finalidad de restablecer la anterior cuya perturbación vaya a ser o es el sustento de la demanda.

Supuestos regulados en el Código Procesal Civil.

²³¹ Extracto de la resolución de fecha 05 de octubre de 2009, emitida en el Exp. N° 1773-2007, por la Primera Sala Civil de la CSJ de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 252.

4.8.1. Interdicción.

Esta medida aparece en el artículo 683° del CPC: *El Juez, a petición de parte, o excepcionalmente de oficio, puede dictar en el proceso de interdicción la medida cautelar que exija la naturaleza y alcances de la situación presentada.*

Quien inicia un proceso sumarísimo de interdicción busca que al demandado se le declare incapaz de ejercer sus derechos civiles por sí mismo. Pueden ser declarados interdictos los que por cualquier causa se encuentren privados de discernimiento (inciso 2 del artículo 43° del CC), los retardados mentales, los que adolecen de deterioro mental que les impide expresar su libre voluntad, los pródigos, los que incurren en mala gestión, los ebrios habituales y los toxicómanos (incisos 2 a 7 del artículo 44° del CC).

El artículo 581° del CPC anota que la demanda de interdicción procede en los casos previstos en los incisos 2 y 3 del artículo 43° e incisos 2 a 7 del artículo 44° del CC, y se dirige contra la persona cuya interdicción se pide, así como con aquellas que teniendo derecho a solicitarla no lo hubieran hecho. Sin embargo cabe precisar que el inciso 3 del artículo 43° ha sido derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, Ley general de la persona con discapacidad, publicada el 24 diciembre 2012, por lo que no procedería la interdicción en caso se demande a los sordomudos, los ciegos sordos y los ciegos mudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Están facultados para solicitar interdicción del incapaz su cónyuge, sus parientes y el Ministerio Público (artículo 583° del CC) y hasta cualquier

persona cuando se trate de un incapaz que constituye grave peligro para la tranquilidad pública (artículo 583° del CPC).

Ahora bien, tal como está redactado el artículo en estudio, la medida en estudio se puede solicitar en un proceso de interdicción, y siempre que medie la inminencia de un perjuicio irreparable y su finalidad sea reponer un statu quo cuya alteración será o es el sustento de la demanda.

Puede suceder, por ejemplo, que determinado individuo en determinada época cuente con la plenitud de sus capacidades intelectuales que le permiten ejercer sus derechos por sí solos y por ende dirigir sus negocios de manera satisfactoria, sin embargo, posteriormente, dicho estado de cosas se ve afectado por el deterioro mental del sujeto, que a la postre puede poner en riesgo su salud, estabilidad económica propia y la de su familia.

En este supuesto el padre, en su caso, puede solicitar una medida innovativa con la finalidad de que el Juez ordene privar provisionalmente el ejercicio de los derechos civiles del hijo y, a la vez, se le designe como curador provisional para cuidar de la persona y administrar los bienes del mismo (artículo 567° del CC), lo que constituye una medida adecuada a la circunstancia presentada.

En efecto, con tal medida se repone una situación (administración satisfactoria) cuya modificación (administración desfavorable) será o es el sustento de la demanda de interdicción, pues lo que se busca en dicho proceso es que el demandado ya no siga administrando sus bienes. Asimismo, atiende a la contingencia del acaecimiento inminente de un perjuicio irreparable, pues de no dictarse, mientras se aguarda la sentencia definitiva, el demandado podría realizar manejos económicos que lo llevarían

a terminar con su patrimonio, configurándose así un detrimento patrimonial y moral cuyos efectos no se podrán revertir, causando un grave daño al demandante.

No obstante lo establecido se discurre que “[la] medida típica en los procesos de interdicción está prevista en el artículo 567 del CC (“El juez, en cualquier estado del juicio, puede privar provisionalmente del ejercicio de los derechos civiles a la persona cuya interdicción ha sido solicitada y designarle un curador provisional”), por lo que el artículo 683 del CPC es más que superfluo.”²³²

4.8.2. Cautela posesoria.

Apunta el artículo 684° del CPC: Cuando la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el Juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad.

Los interdictos son procesos judiciales tramitados en la vía sumarísima con la finalidad de resguardar el derecho de posesión de perturbaciones y despojos arbitrarios, por ello es que procede incluso contra quienes ostenten otros derechos reales de distinta naturaleza sobre el bien objeto de la perturbación.

²³² **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Op. cit., página 23.

La redacción del artículo citado hace referencia al proceso sobre interdicto de retener, regulado en el artículo 598° y 606° del CPC, según los cuales este procede cuando el poseedor es perturbado en su posesión, siempre dentro del año de ocurrido el hecho (artículo 921° del CC y 601° del CPC).

La perturbación puede consistir en actos materiales o de otra naturaleza como la ejecución de obras o la existencia de construcciones en estado ruinoso. Si así fuera, la pretensión consistirá en la suspensión de la continuación de la obra o la **destrucción de lo edificado**²³³, aunque se pueden acumular ambas pretensiones. En todos los casos, la pretensión consistirá en el cese de los actos perturbatorios (primer párrafo del artículo 606° del CPC).

Los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto perturbatorio o su ausencia (artículo 600° del CPC), por ello una vez admitida la demanda, el Juez ordenará, en decisión inimpugnable, se practique una inspección judicial, designando peritos o cualquier otro medio probatorio que considere pertinente. La actuación se entenderá con quien se encuentre a cargo del bien inspeccionado (segundo párrafo del artículo 606° del CPC).

Declarada fundada la demanda, el Juez ordenará que cesen los actos perturbatorios y lo que corresponda de acuerdo al segundo párrafo del Artículo 606, además del pago de los frutos y de la indemnización, de ser el caso (artículo 607° del CPC).

²³³ La locución “destrucción de lo edificado” debe entenderse en el sentido de lo edificado hasta el momento en que se ejecute la sentencia definitiva que ampara la pretensión.

Conforme al artículo en comento, la cautela posesoria consiste en la **paralización de los trabajos de edificación**, procediendo su dictado cuando la demanda principal pretenda la **demolición de una obra en ejecución** que daña la propiedad o la posesión del demandante. Asimismo, puede ordenar las **medidas de seguridad** tendientes a evitar el daño que pudiera causar la **caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad**.

Si bien el vocablo obra²³⁴ es de significado amplio, la misma debe estar circunscrita a los trabajos de edificación, pues si bien la demanda principal debe buscar la demolición de una obra en ejecución, la cautela posesoria a dictar consiste en impedir la paralización de los trabajos de edificación.

En ese sentido, los trabajos de edificación son todos aquellos relacionados directa o indirectamente con construcciones para habitación u otros fines de la vida o convivencia humanas, tales como casas, fábricas, palacios o lugares recreativos²³⁵.

Por ejemplo, a raíz de la construcción de un edificio podría ser indispensable pasar materiales por el predio ajeno colindante o colocar en él andamios; realizar excavaciones o abrir o cavar en su terreno pozos; construir cerca del lindero depósito para agua o explosivos o instalar maquinarias o análogos, etc.

Todas las actividades descritas pueden alterar el orden, la quietud, el sosiego y la salud del posesionario afectado, si se realizan sin permiso del

²³⁴ “Cosa hecha o producida por un sujeto o agente. Producción intelectual. Trabajo material. Edificio en construcción. Reparación o reforma del mismo... Labor de artesano...” (**CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. Op. cit., página 278).

²³⁵ **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. Op. cit., página 140.

dueño; perjudicando las propiedades contiguas o vecinas; causando ruina o desmoronamiento en la propiedad vecina; sin observar las precauciones establecidas por los reglamentos respectivos para preservar la solidez o la salubridad de los predios vecinos; permitiendo que las aguas discurran en los predios vecinos, etc. (artículo 960°, 962°, 963° y 964° del CC).

En todos los supuestos descritos procede dictar cautela posesoria, siempre que se busque evitar un perjuicio irreparable de carácter inminente, y la finalidad sea reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración es el sustento de la demanda.

Con la paralización de los trabajos de edificación se repone la quietud, el sosiego y la salud del posesionario cuya alteración, por ejemplo, ha sido producida por el uso de explosivos o excavaciones en la construcción de un edificio en un terreno colindante o cercano al del demandante. Asimismo, dicha medida atiende a la contingencia del acaecimiento inminente de un perjuicio irreparable, pues de no dictarse, hasta que se emite la sentencia definitiva el demandante podría ver perdida su propiedad y por ende su posesión a causa de los desmoronamientos de tierra o movimientos bruscos de materiales producto de las explosiones o utilización de maquinarias.

Otro supuesto regulado por el artículo en comento es la cautela posesoria consistente en la **toma de medidas de seguridad** tendientes a evitar el daño que pudiera causar la **caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad**.

La hipótesis descrita se refiere a la amenaza de ruina o situación de inestabilidad en que se encuentra determinado bien por defectos en su

construcción o por el paso del tiempo, que de colapsar causaría graves daños a las cosas o a las personas.

Ante ello procede dictar medidas de seguridad pertinentes para reponer un estado de hecho o de derecho y evitar un perjuicio irreparable e inminente. Entre dichas medidas están las de ordenar la reparación o la demolición del bien u otras medidas preventivas (circulado del área peligrosa, por ejemplo) (artículo 956° del CC).

Con la restauración de las estructuras del bien se repone la seguridad, la tranquilidad, la serenidad del posesionario cuya alteración, por ejemplo, ha sido producida por defectos en la construcción del bien. De igual modo, dicha medida atiende a un inminente perjuicio irreparable, pues de no dictarse la cautela posesoria se causaría graves daños que van desde los materiales hasta incluso sobre la vida e integridad de las personas.

4.8.3. Abuso de derecho.

Esta medida hace presencia en el artículo 685° del CPC: *Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable.*

El ejercicio abusivo del derecho es una figura por la cual se ejerce un derecho fuera de la finalidad económica social para la que fue concebido, atropellando un interés legítimo, aun no protegido jurídicamente. Cuando el titular de un derecho lo ejercita con el fin de dañar a otro, no con el fin de beneficiarse.²³⁶

²³⁶ CAS. N° 2182-2006-SANTA, cuarto considerando.

Este principio advierte que “el ejercicio regular de un derecho debe ejercerse en un contexto en el cual el orden jurídico impone un deber general y predominante de respetar cada uno la esfera de la actividad jurídica de los otros, asimismo debe tomarse en cuenta que el ejercicio de este deber no debe tener un fin antisocial o de motivos ilegítimos.”²³⁷

La base constitucional del abuso del derecho lo encontramos en la parte final del artículo 103° de la Constitución de 1993 que expresamente advierte: “*La Constitución no ampara el abuso del derecho.*” La configuración legal del citado lo ubicamos en el artículo II del Título Preliminar del CC en los siguientes términos: “*La ley no ampara el ejercicio ni la omisión abusivos de un derecho. Al demandar indemnización u otra pretensión, el interesado puede solicitar las medidas cautelares apropiadas para evitar o suprimir provisionalmente el abuso.*”

Para que un acto se encuentre dentro del supuesto de abuso de derecho es necesario que: (i) el derecho esté formalmente reconocido en el ordenamiento; (ii) que su ejercicio vulnere un interés causando un perjuicio; (iii) que, al causar tal perjuicio, el interés que se está viendo afectado no esté protegido por una específica prerrogativa jurídica; (iv) que se desvirtúe manifiestamente los fines económicos o sociales para los cuales el ordenamiento reconoció el derecho que se ejerce dentro del marco impuesto por el principio de buena fe.²³⁸

El artículo en comento precisa que ante la existencia de un proceso sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las **medidas indispensables** para evitar la consumación de un perjuicio irreparable.

²³⁷ CAS 676-96-CALLAO, cuarto fundamento. Disponible en Base de Datos de Gaceta Civil y Procesal Civil 2013-2014.

²³⁸ **ESPINOZA ESPINOZA**, Juan. Los Principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. 2° Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 2005. Página 129.

La hipótesis descrita se condice con la propia naturaleza del proceso en referencia, pues ocurre en caso nuestros intereses no se encuentren recogidos en preceptos legales lo que los convierte en blanco fácil de vulneración, que de suceder causaría graves daños. Por ello, ante el inminente perjuicio irreparable procede dictar medidas indispensables para reponer un estado de hecho o de derecho.

4.8.4. Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.

Apunta el artículo 686° del CPC: Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.

Toda persona tiene una zona espiritual íntima y reservada para él y su familia, en el que nadie puede intervenir sino con su consentimiento. En ese orden de ideas el artículo 14° del CC prescribe que la intimidad de la vida personal y familiar no puede ser puesta de manifiesto sin el asentimiento de la persona o si ésta ha muerto, sin el de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden.

Del respeto del derecho a la intimidad depende la seguridad, bienestar y tranquilidad de la persona, condiciones de vida indispensables para su desarrollo emocional y social, trascendentes en el desarrollo de su proyecto de vida. Por su importancia gravitante este derecho ha sido recogido expresamente por la Constitución Política del Perú de 1993: Numeral 5, 6 y 7 del artículo 2° y 97° de la Constitución.

De igual significación es el derecho a la voz y a la imagen propia recogidas expresamente por el numeral 7 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú de 1993. Las citadas no pueden ser aprovechadas sin autorización expresa de la persona o, si ha muerto, sin el asentimiento de su cónyuge, descendientes, ascendientes o hermanos, excluyentemente y en este orden. No siendo necesario dicho asentimiento cuando la utilización de la imagen y la voz se justifique por la notoriedad de la persona, por el cargo que desempeñe, por hechos de importancia o interés público o por motivos de índole científica, didáctica o cultural y siempre que se relacione con hechos o ceremonias de interés general que se celebren en público. No rigiendo estas excepciones cuando la utilización de la imagen o la voz atente contra el honor, el decoro o la reputación de la persona a quien corresponden (artículo 15° del CC).

Asimismo, la correspondencia epistolar, las comunicaciones de cualquier género o las grabaciones de la voz, cuando tengan carácter confidencial o se refieran a la intimidad de la vida personal y familiar, no pueden ser interceptadas o divulgadas sin el asentimiento del autor y, en su caso, del destinatario. La publicación de las memorias personales o familiares, en iguales circunstancias, requiere la autorización del autor (artículo 16° del CC).

Por lo expuesto, la violación de los derechos a la intimidad, la imagen o la voz, confiere al agraviado o a sus herederos acción para exigir la cesación de los actos lesivos, siendo la responsabilidad solidaria (artículo 17 del CC).

Lo anotado en el párrafo anterior ha sido concretizado por el artículo 686° del CPC que establece que cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona,

puede el Juez dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada.

Aceptar la procedencia de una medida innovativa en caso se vulnere los derechos descritos se condice con la propia naturaleza de los mismos. Por ello, ante el inminente perjuicio irreparable procede dictar medidas convenientes para reponer un estado de hecho o de derecho.

Pongámonos en el caso de la inminente propalación de imágenes de contenido sexual obtenidas por un periodista en circunstancias en que dos personas –una de ellas funcionario público- realizaban el acto sexual en un lugar público y dentro de un automóvil. Por supuesto que el hecho es noticiable por estar prohibida dicha conducta y por lo que representa para la sociedad dicho funcionario, pero no es de interés público ver a dos sujetos manteniendo relaciones sexuales, por lo que la difusión de las imágenes serían excesivas e invasivas del derecho a la intimidad.

En ese orden de ideas, sería procedente una medida innovativa que ordene la suspensión de la publicación de las imágenes –aunque no la difusión del hecho en sí- porque solo así se devolverá el bienestar y tranquilidad de la personas involucradas.

4.9. MEDIDA DE NO INNOVAR.

Concepto.

El artículo 687º del CPC prescribe: *Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es*

excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de aplicación otra prevista en la ley.

La medida de no innovar o prohibición de innovar busca preservar una situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda. Es decir, mantiene el estado de cosas existente al momento de la ejecución de la misma con la finalidad de imposibilitar su transformación que perjudique la eficacia del proceso principal²³⁹. Es decir, con esta medida se busca “la prohibición de efectuar actividad que pueda cambiarlas en detrimento del eventual derecho del cautelante.”²⁴⁰

En suma, de lo que se trata es congelar una situación vigente mediante actuaciones positivas o negativas. Véase el caso del que demanda el reconocimiento de vínculo contractual indefinido cuando aún se encuentra laborando mediante contratos temporales.

El CPC la conceptúa como aquella destinada a conservar un estado de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso, estableciendo como requisitos para su dictado la inminencia de un perjuicio y siempre cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley, lo que justifica su carácter excepcional.

Características.

²³⁹ En el mismo sentido: **HERRERA NAVARRO**, Santiago. Medidas cautelares en el proceso civil. 3° Edición. Marsol Ediciones E.I.R.L. Lima, 2009. Página 288. **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Op. cit., página 215. **ALSINA**, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. 2° Edición. Tomo V: Ejecución forzada y medidas precautorias. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires, 1962.

²⁴⁰ **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo. Las cautelas procesales. Op. cit., página 61.

- **La inminencia de un perjuicio irreparable.**

El primer requisito exigido por la medida de no innovar es la existencia de un perjuicio inminente e irreparable que de producirse no podrá ser remediado en modo alguno sino por otro proceso, ya que la sentencia a expedirse en el principal no tendrá efectos prácticos o lo que es lo mismo no se podrá ejecutar, así tenga efectos retroactivos.

El perjuicio a que se refiere la regla se manifiesta en el detrimento patrimonial o espiritual cuyo acaecimiento amenaza o está para suceder prontamente, y si ocurriera, sus efectos no se podrán revertir, tornándolo irremediable, sin visos de solución, causando un grave daño al demandante.

- **Esta medida es excepcional.**

El artículo en comento justifica la excepcionalidad de esta medida en que su dictado procederá sólo cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley. Sin embargo, dicha justificación resulta redundante, pues todas las medidas cautelares específicas tienen sus propias características y por tanto ninguna de las restantes puede proteger o exigir lo que las medidas de no innovar.

- **Está destinada a conservar un estado de hecho o de derecho.**

La medida de no innovar tiene como finalidad mantener una situación fáctica o jurídica que el demandado de manera indebida puede alterar en el transcurso del proceso judicial principal. Es decir, conserva una situación actual con la finalidad de evitar su posible mutación haciendo imposible su ejecución.

- **Se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso.**

Es decir, no puede estar relacionada con personas y bienes ajenos al proceso principal. Este supuesto es una reafirmación de lo establecido por el quinto párrafo del artículo 611 del CPC que prescribe “*La medida dictada sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.*”

Por ejemplo, mediante una medida de no innovar no se puede pretender suspender un proceso de desalojo teniendo como argumento que la situación de hecho (posesión del inmueble) debe mantenerse hasta que se resuelva un proceso de rescisión de contrato de compraventa, por cuanto no se afectará bienes ni derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores.²⁴¹

5. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego de discurrir sobre cada una de las medidas cautelares reguladas en el CPC queda contrastar las hipótesis planteadas, utilizando como parámetro el estudio previo de las mismas, con la finalidad de determinar si los órganos jurisdiccionales motivan las resoluciones cautelares en sintonía con el derecho, pues muchas veces son desnaturalizadas, convirtiéndolas en mecanismos procesales nocivos,

²⁴¹ El referido caso lo podemos encontrar en el Exp. N° 01582-2009, conocido por la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, el cual ha sido recogido por **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las Medidas Cautelares y los Procesos de Ejecución en la Jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Editorial Gaceta Jurídica. Página 45 (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

aplacadores de intereses privados, poniendo en entre dicho la eficiencia de nuestro sistema de justicia, en desmedro del orden jurídico y por ende de la paz social basada en justicia. Dicho esto, pasamos al análisis de cada uno de los casos seleccionados que sustentarán nuestras hipótesis.

5.1.- EXP. N° 00630-2014-67, seguido por FLOR NUNTON CASTRO, contra LORENZO NUNTON CASTRO Y OTROS, sobre MEDIDA CAUTELAR FUERA DEL PROCESO.

Mediante escrito de fecha veinticuatro de febrero del dos mil catorce, Flor Nunton Castro solicita vía cautelar la Administración Provisional de la Embarcación Pesquera “Virgen de Chapi”, en virtud del artículo 669° del CPC, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Fundamenta su solicitud cumpliendo con los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es cumple con exponer los fundamentos de su pretensión cautelar (referidos a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora del proceso y la razonabilidad de la medida) y ofrecer contracautela. No obstante haber cumplido con los requisitos exigidos por el código adjetivo, cuestionamos el contenido de ellos, pues, a diferencia del desarrollo que hace de la verosimilitud de su derecho, cuando explica el peligro en la demora lo hace de manera inconsistente, pues anota que la duración del proceso pone en peligro la conservación y administración correcta del bien, cuestión que no se condice con la verdadera finalidad de la medida de embargo en forma de administración, que consiste en la afectación en administración de un bien fructífero con la finalidad de recaudar los frutos civiles que produzca para en un futuro proceder a la ejecución forzada y hacerse del pago de frutos que se demandarán en el proceso principal, como en el presente caso, por lo que el peligro sería otro, como por ejemplo la posibilidad de que los demandados transfieran el bien y se haga muy dificultoso el

pago de los frutos, que en cuyo caso la medida más adecuada y razonable sería otra, como el embargo en forma de inscripción o la anotación de demanda.

Por otro lado, el sustento de la razonabilidad de la medida adolece de limitaciones jurídicas, pues en nada guarda relación y coherencia con la doctrina y jurisprudencia existente al respecto. La razón estriba en que para justificarla se vierten explicaciones relacionadas con la verosimilitud del derecho y con el peligro en la demora, evidenciándose una total pobreza académica por parte del letrado que autoriza la solicitud cautelar.

Ni que decir sobre la contracautela, se ofrece caución juratoria hasta por la suma de diez mil nuevos soles, pero sin fundamentarla debidamente y sin explicar por qué es proporcional y eficaz.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha trece de marzo del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara improcedente la solicitud de medida cautelar, ello en base a un minucioso análisis, pues se sustenta con solidez por qué adolece de verosimilitud el derecho de los solicitantes. Tal solidez argumentativa se hace patente también cuando se justifica el peligro en la demora; se anota, entre otros, que alegar que corre peligro la conservación y administración del bien, así como el reembolso de los frutos, resulta ilógico y que ello puede ser materia de otras de otras medidas garantistas, tal como lo hicimos ver líneas arriba.

Respecto al presupuesto de razonabilidad de la medida, hace un recorrido por conceptos básicos ya estudiados, concluyendo que el Juzgador ha tomado en cuenta evitar un posible perjuicio a los derechos; y que si bien tiene la facultad de adecuar la medida para lograr la eficacia que se busca, al no darse el presupuesto de la verosimilitud del derecho ello conlleva a que tampoco se vislumbre este

presupuesto de razonabilidad. Y ello es así por cuanto la razonabilidad como presupuesto de las medidas cautelares busca alcanzar un fin legítimo en base a la existencia de un derecho verosímil y si no existe este, escudriñar en los demás resulta estéril. Más razón nos da el “criterio de subordinación” de los presupuestos cautelares, según el cual estos son concurrentes e interdependientes, “resultando plenamente justificado, que el juez una vez advertido la carencia de verosimilitud del derecho o en su defecto el peligro en la demora disponga automáticamente su rechazo.”²⁴²

5.2.- EXP. N° 00195-2011-32, seguido por SALUSTIANO SALAZAR VASQUEZ, contra la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, sobre EJECUCIÓN ANTICIPADA DE SENTENCIA.

Mediante escrito de fecha **seis de enero del dos mil catorce**, el demandante, solicita cautelarmente ejecución anticipada de sentencia, por haber obtenido sentencia favorable en primera instancia que ordena a la demandada cumpla con reconocer los incrementos de pactos colectivos, entre otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Se fundamenta la solicitud evocando los artículo 615° (caso especial de procedencia) y 629° (medida cautelar genérica) del CPC. Apreciamos de la solicitud que el recurrente busca gozar de los efectos de la sentencia, lo que es propio de una medida temporal sobre el fondo, por lo que debió cumplir con sustentar los presupuestos especiales exigidos por este tipo de medida como es **la inminencia de un perjuicio irreparable, la reversibilidad de los efectos y la no afectación del interés público**, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera

²⁴² *Gaceta Civil y Procesal Civil*. Marzo, 2014. Tomo N° 9. Páginas 265 – 266.

requerido el cumplimiento de las omisión advertida, por ser imprescindible para su concesión.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha ocho de enero del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara fundada la solicitud cautelar, ello en base a lo expuesto por el recurrente, esto es solo por el hecho de haberse amparado la demanda. Actualmente, se encuentra por resolver el recurso de apelación interpuesto por el afectado.

5.3.- EXP. N° 04006-2011-58, seguido por JOSE HUMBERTO PEREZ ZANELLI, contra ANA LUZ GARCIA TEQUEN Y OTRA, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha once de marzo del dos mil catorce, la representante de José Humberto Pérez Zanelli, solicita vía cautelar que se anote la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta contra Ana Luz García Tequen y otra, en los Registro Públicos, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

La solicitud cumple con fundamentar la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora; sin embargo, respecto de la razonabilidad de la medida solo sustenta, y de manera inconsistente, la adecuación de la medida. En lo que toca a la contracautela, solo la ofrece, sin fundamentarla, por lo que por lo menos se hubiera requerido al demandante para que cumpla con fundamentar las omisiones advertidas, pues sustentar la razonabilidad es trascendente ya que con su análisis se sabrá si el fin que se persigue con la medida es legítimo, inocuo y proporcional.

Pese a ello, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha catorce de marzo del dos mil catorce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, ello después de expresar en solitario en qué consiste el peligro en la demora, pues **no expone por qué es verosímil el**

derecho invocado (solo se limita a decirlo que lo es), **así como ni siquiera menciona la razonabilidad de la medida adoptada.**

5.4.- EXP. N° 00506-2014-69, seguido por CARVAZA E.I.R.L., contra CESAR ALBERTO VERA TELLO Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA FUERA DE PROCESO.

Mediante escrito de fecha siete de febrero del dos mil catorce, Carvaza E.I.R.L., solicita vía cautelar la anotación en los Registros Públicos de la demanda que interpondrá contra Cesar Alberto Vera Tello y otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

En el presente caso el solicitante de **no indica la pretensión a demandar**, tal como lo ordena el artículo 608° del CPC, que prescribe que cuando se solicite medidas cautelares fuera de proceso, se debe expresar claramente la pretensión a demandar. La razón de ello radica en que la verosimilitud se refiere a un derecho invocado o a invocar, se analiza la verosimilitud “de algo” (del derecho), pero si no se tiene conocimiento de este ¿sobre qué (derecho) analizaremos la verosimilitud? Lo mismo ocurre con el peligro en la demora, si no se conoce el derecho ¿qué menoscabo de qué derecho evitamos? En cuanto a la razonabilidad de la medida, el análisis también se encuentra en función del derecho.

A pesar de lo expuesto indicamos que el solicitante sustentó la verosimilitud de su derecho (aunque no indica a qué tiene derecho), así como el peligro en la demora; sin embargo **no sustenta la razonabilidad de la medida**, al igual que la contracautela que solo la ofrece.

Sin embargo, a pesar de lo advertido, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha dieciocho de junio del dos mil catorce, que en su

parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, ello **sin realizar ningún tipo de análisis de los requisitos cautelares.**

5.5.- EXP. N° 04096-2013-49, seguido por EDUARDO TOMOWO NARUSE HUBIEKI, contra FELICITA LUPU ELIZALDE Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veinte de enero del dos mil catorce, Eduardo Tomowo Naruse Hubieki, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda de nulidad de acto jurídico, interpuesta contra Felicita Lupu Elizalde y otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan **la verosimilitud** de su derecho conforme lo indican. Sobre el **peligro en la demora** cabe precisar que el tipo de medida solicitada busca publicitar el derecho en discusión a efectos de aplicar principios registrales cuando corresponda, sin embargo se precisa que buscan evitar la transferencia del bien por los demandados; es decir, **se pretende evitar un peligro con una medida que no impide la transferencia del bien**, por lo que este requisito se debe tener por no cumplido, así como **la razonabilidad de la medida por no haber sido expuesto**. Respecto de la **contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas y cumpla con precisar de manera adecuada el peligro en la demora.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha nueve de junio del dos mil catorce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, **sin realizar análisis alguno sobre los requisitos cautelares.**

5.6.- EXP. N° 00334-2013-15, seguido por WILMER ALBERTO CRUZADO CORTEZ, contra SEGUNDO ADOLFO MEJIA GARCIA Y OTRA, sobre MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL FONDO.

Mediante escrito de fecha veintiséis de mayo del dos mil catorce, Wilmer Alberto Cruzado Cortez, solicita Medida Temporal sobre el Fondo con la finalidad de que los demandados le devuelvan la posesión del bien despojado, cuya titularidad posesoria se discute en el proceso principal sobre interdicto de recobrar y otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Cabe precisar que los hechos de la medida solicitada se enmarcan dentro del artículo 681° del CPC, aunque el demandante no haga referencia alguna. Conforme el referido artículo, procede adelantar los efectos del proceso de interdicto de recobrar, o sea la posesión provisoria, siempre que el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida (verosimilitud del derecho), por lo que los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto desposesorio o su ausencia (artículo 600° del CPC), lo cual podrá ser comprobado mediante fotos, videos o por actas policiales que demuestren el hecho del despojo.

Asimismo, no hay que olvidar que la medida solicitada está dentro de las medidas temporales sobre el fondo, por tanto también debe reunir los requisitos exigidos por el artículo 647° del CPC, esto es su excepcionalidad, la necesidad impostergable del que la pide, la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada (verosimilitud del derecho), la reversibilidad de los efectos de la decisión y, que no afecte el interés público.

Fundamenta su solicitud cumpliendo con algunos de los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es cumple con exponer los

fundamentos de la verosimilitud del derecho (que en las medidas temporales sobre el fondo se necesita no una simple verosimilitud sino una alta probabilidad de que ese derecho será amparado), **omitiendo indicar el peligro a eliminar y con fundamentar la contracautela ofrecida** en forma de caución juratoria, **pasando por alto a la razonabilidad de la medida**, así como a los presupuestos especiales exigidos por el tipo de medida solicitada: **La necesidad impostergable del que la pide** y la **reversibilidad de los efectos de la decisión**, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera requerido el cumplimiento de las omisiones advertidas, por ser imprescindibles para su concesión.

Examinamos que los fundamentos expuestos por la demandante no resultan firmes, pues la prueba aportada no es contundente por insuficiente, por lo que el derecho de la demandante no resulta claro y se tendría que esperar hasta las results del proceso principal.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número tres, de fecha diez de julio del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara infundada la solicitud cautelar, ello después de analizar, entre otros, que no se encuentra acreditado el despojo. Como se puede advertir de la citada resolución, el órgano jurisdiccional solo analiza un presupuesto de la medida solicitada, y al tenerlo como insubsistente, declara sin más la improcedencia de la medida, utilizando así el criterio de subordinación, expuesto líneas arriba.

5.7.- EXP. N° 00159-2014-41, seguido por INDUSTRIA UNIÓN EIRL, contra COMUNIDAD CAMPESINA DE LAGUNAS, sobre Medida cautelar de no innovar fuera de proceso.

En el mes de abril del dos mil catorce, el solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se dicte medida de no innovar, consistente en la prohibición de contratar respecto del bien inmueble que se indica, cuya titularidad, expresa, le pertenece conforme se aprecia de la minuta de compraventa que adjunta. Precisa además que demandará el otorgamiento de escritura pública.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida. En lo que toca a los requisitos especiales de la medida innovativa indica la inminencia del perjuicio irreparable, omite fundamentar la excepcionalidad de la medida. Respecto de la contracautela solo ofrece caución juratoria por la suma que indica. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente por cuanto la medida no resulta adecuada, ya que existe otra medida como la de anotación de demanda, la cual igual evita que terceros adquirentes se amparen en la buena fe registral.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha treinta de mayo del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara conceder la medida solicitada y ordenó prohibir la inscripción de cualquier acto jurídico con respecto al bien inmueble que se indica.

5.8.- EXP. N° 00256-2014-43, seguido por YVONNE DEL CARMEN CABRERA GONZALES, contra JUAN FRANCISCO CARBONEL VALEJOS, sobre Medida cautelar e forma de anotación de demanda.

En el mes de junio del dos mil catorce, la solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se anote la demanda sobre otorgamiento de escritura pública interpuesta contra el demandado.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora mas no sobre la razonabilidad de la medida. Respecto de la contracautela solo ofrece caución juratoria por la suma que indica. En virtud del examen realizado la medida debió declararse inadmisibile y emplazar al solicitante para que cumpla con precisar la omisión advertida.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha tres de julio del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara conceder la medida solicitada, sin realizar motivación alguna.

5.9.- EXP. N° 00088-2014-50, seguido por SANTIAGO RUBEN CASTILLO MORRIS, contra MANUELA CHAVEZ MORRIS Y OTROS, sobre Medida cautelar e forma de anotación de demanda.

En el mes de marzo del dos mil catorce, la solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se anote la demanda sobre nulidad de acto jurídico interpuesta contra los demandados por considerar que la titularidad del bien en discusión le pertenece por cuanto la usucapión obtenida por la parte demandada es nula por su fin ilícito.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora mas no sobre la razonabilidad de la medida. Respecto de la contracautela solo ofrece caución juratoria por la suma que indica. En virtud del examen realizado la medida debió declararse inadmisibile y emplazar al solicitante para que cumpla con precisar la omisión advertida.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinticuatro de marzo del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara conceder la medida solicitada, argumentando que la sola admisión de la demanda

principal sustenta la verosimilitud del derecho. Asimismo, tiene por sustentado la razonabilidad de la medida a pesar que el solicitante no hace mención alguna al respecto.

5.10.- EXP. N° 00280-2013-35, seguido por la EMPRESA COMERCIALIZADORA MALABRIGO SAC, contra ANDREA KATHERINE MORAN LOREDO, sobre Medida cautelar en forma de anotación de demanda.

En el mes de enero del dos mil catorce, el solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se anote, en el registro que señala, la demanda sobre nulidad de acto jurídico y otros respecto del inmueble que se indica, interpuesta contra la demandada por considerar que el acto demandado ha sido realizado con fines ilícitos y con simulación absoluta.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida. Respecto de la contracautela ofrece caución juratoria por la suma indica pues considera que la misma es del mismo valor del inmueble cuya nulidad de su transferencia se cuestiona.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha catorce de enero del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara admitir a trámite la medida solicitada **por tratar la pretensión principal sobre derechos inscritos**. Llama la atención cuando el aquo da por acreditado los presupuestos de la medida por la **naturaleza de la pretensión**.

5.11.- EXP. N° 00341-2013-27, seguido por MANUEL ROJAS MARTINEZ, contra MIGUEL HERNAN TORRES REQUEJO, sobre Medida cautelar en forma de anotación de demanda.

En el mes de julio del dos mil catorce, el solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se anote, sin señalar la partida registral correspondiente, la demanda sobre interdicto de desalojo por ocupación precaria por recobrar un lote de terreno en construcción, respecto del inmueble que se indica, interpuesta contra el demandado, por considerar que dicho lote es de su propiedad y no de los invasores de este.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho, **pero sobre el peligro en la demora y la razonabilidad de la medida no expresa argumento alguno.** Respecto de la contracautela ofrece una de naturaleza real consistente en el bien objeto del pleito.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha diecisiete de julio del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara inadmisble la medida solicitada **por falta de precisión del petitorio.**

5.12.- EXP. N° 02677-2013-20, seguido por ANITA DE JESÚS OCLOCHO SOPLÍN, contra GUILIANA CORREA SUYÓN Y OTRA.

Mediante escrito de fecha cuatro de mayo del dos mil catorce, Anita de Jesús Oclocho Soplín solicita vía cautelar que se anote la demanda de nulidad de cosa juzgada fraudulenta interpuesta contra Guiliana Correa Suyón y otra, en el Registro de Propiedad Vehicular de su vehículo de placa BC4019, tal como se puede colegir del contenido del referido instrumento.

Fundamenta su **solicitud** en hechos que sustentan su pretensión en el proceso principal que versa sobre nulidad de cosa juzgada fraudulenta, **no cumpliendo así con todos los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC**, esto es con **exponer los fundamentos de su pretensión cautelar**

(referidos a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora del proceso y la razonabilidad de la medida) y **ofrecer contracautela**, por lo que la solicitud cautelar debería haberse desestimado, tal como lo afirma la doctrina: “La solicitud debe contener los “fundamentos de la pretensión cautelar”... Esta exigencia es determinante para conceder la medida, pues en ella el interesado debe mostrar los elementos de la cautela: verosimilitud y peligro en la demora; si se carece de estos, la pretensión se desestimará y carecería de objeto ingresar a analizar la adecuación de la medida, la contracautela, tipo de cautela, bienes, órgano de auxilio, etc.”²⁴³

Sin embargo, pese a ello el órgano jurisdiccional, mediante resolución número uno, de fecha veintisiete de mayo del dos mil catorce, **contraviniendo el principio dispositivo y de vinculación y formalidad, admite a trámite la medida** y ordena la ejecución de la misma, **sin precisar la forma, naturaleza y alcances de la contracautela**.

Los argumentos utilizados pecan de limitados e inadecuados. Así pues, al fundamentar la **apariencia del derecho** recurre al hecho de haberse admitido la demanda y a la naturaleza de la medida; argumento endeble y fuera de lugar que nada tiene que ver con un argumento consistente basado en medios probatorios aportados por la parte interesada.

Lo que llama la atención es el sustento que se hace respecto del **peligro en la demora**, pues según el artículo 673° la anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, sin embargo en la resolución cautelar se afirma que la medida es necesaria “para impedir algún acto de disposición”, o sea que con la medida se buscaba impedir algo que la ley permitía

²⁴³ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 17.

y sancionaba como efecto propio de la naturaleza de la medida en cuestión, cosa tirada de los pelos que patentiza un total desconocimiento de este tipo de medidas cautelares.

5.13.- EXP. N° 04322-2013-26, seguido por JULIO CESAR RUBIO ABANTO, apoderado de los demandantes, contra la SUCESIÓN DE ADRIANO PEREZ SANCHEZ, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veintiuno de diciembre del dos mil catorce, Julio Cesar Rubio Abanto, apoderado de los demandantes, solicita vía cautelar la anotación de la demanda de Mejor Derecho de la Propiedad y otro, interpuesta contra la Sucesión de Adriano Pérez Sánchez, en los Registro Públicos, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

La solicitud cumple con fundamentar la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora; sin embargo, soslaya la razonabilidad de la medida. En lo que toca a la contracautela, solo ofrece caución juratoria, sin fundamentarla, por lo que por lo menos se hubiera requerido al demandante para que cumpla con fundamentar las omisiones advertidas, pues sustentar la razonabilidad es trascendente ya que con su análisis se sabrá si el fin que se persigue con la medida es legítimo, inocuo y proporcional.

No obstante, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veintinueve de diciembre del dos mil catorce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, **sin pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida y menos sobre la contracautela**. El argumento utilizado para sustentar la **apariencia del derecho** peca de limitado e inadecuado, ya que recurre al hecho de haberse admitido la demanda y a la naturaleza de la medida. Lo rescatable es que se precisó el peligro a eliminar.

5.14.- EXP. N° 04446-2013-10, seguido por la apoderada judicial MONICA GENNY HUEDA MEJIA, contra JUAN IGNACIO LUNA MERA, DELCY ELEANOR NUÑEZ Y LA SOCIEDAD CONYUGAL CONSTITUIDA POR JUAN IGNACIO LUNA MERA Y DELCY ELEANOR NÚÑEZ ORREGO, sobre EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN.

Mediante escrito de fecha seis de noviembre del dos mil catorce, la apoderada judicial Mónica Genny Hueda Mejía, en virtud del artículo 656° del CPC, solicita **medida cautelar fuera de proceso** en forma de embargo en forma de inscripción hasta por la suma que indica respecto de inmuebles pertenecientes a uno de los demandados (Sociedad conyugal constituida por Juan Ignacio Luna Mera y Delcy Eleanor Núñez Orrego), tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Conforme el referido artículo, esta medida cautelar puede recaer en bienes inmuebles previamente registrados, y se ejecuta inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que exista identidad entre el sujeto que aparece en el registro como titular del bien y el demandado. Asimismo, no hay que olvidar que la medida solicitada es un tipo de embargo, por tanto solo procede cuando la pretensión principal es apreciable en dinero (artículo 642° del CPC), lo que ocurre en el presente caso pues la demanda versa sobre resolución de contrato e indemnización de daños y perjuicios.

Algo importante de anotar es lo prescrito por el artículo 623° del CPC sobre afectación de bien de tercero: “La medida cautelar puede recaer en bien de tercero, cuando se acredite su relación o interés con la pretensión principal, **siempre que haya sido citado con la demanda...**”.

En ese sentido, la solicitud cumple con fundamentar los requisitos especiales exigidos por la medida solicitada, pues los inmuebles sobre los que recaerá están registrados y existe identidad entre los sujetos que aparecen en el registro como titulares de los bienes y el demandado, tal como se puede verificar cuando se sustenta la verosimilitud del derecho que pretenderá en el principal, a lo que apunta el sustento de la demandante.

Sin embargo, los fundamentos expuestos por la solicitante resultan inútiles, pues los bienes objeto de afectación pertenecen a la Sociedad Conyugal constituida por Juan Ignacio Luna Mera y Delcy Eleanor Núñez Orrego, **por tanto previamente debió citársele con la demanda a sus representantes**. Esta citación “nos permite excluir la posibilidad de afectar el patrimonio del tercero con una medida cautelar fuera de proceso...”²⁴⁴, como en el caso sub examine.

Hay más, respecto del peligro en la demora **no se indica exactamente cuál es el peligro a eliminar**. Sobre **de la razonabilidad de la medida** se obvia **exponer sus fundamentos**. En lo que toca a la **contracautela**, **se ofrece caución juratoria sin fundamentarla**. Lo examinado nos lleva a inferir que la solicitud debería ser desestimada, **por no tener objeto jurídico y haber pasado por alto requisitos imprescindibles para su concesión**.

No obstante, tal como fue presentada, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinticinco de noviembre del dos mil catorce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución; ello sin sustentar por qué razón ha pasado por alto la condición exigida por el artículo 623° del CPC, esto es la previa citación con la demanda al tercero afectado con la

²⁴⁴ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 90.

medida. Asimismo, al igual que la solicitante **no se pronuncia sobre la razonabilidad de la medida, ni sustenta la contracautela admitida.**

5.15.- EXP. N° 06924-2013-40, seguido por CARLOS HILDEBRANDO MUÑOZ PEREZ, contra JOSE JULIO CAYAO PAICO Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha seis de abril del dos mil catorce, Carlos Hildebrando Muñoz Pérez, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre cosa juzgada fraudulenta, interpuesta contra José Julio Cayao Paico y otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; señala el peligro en la demora: evitar la buena fe registral de terceros adquirentes, pero **omite pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida.** Respecto de la **contracautela, solo se ofrece caución juratoria sin fundamentar.** En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha catorce de abril del dos mil catorce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, ello después de un frágil análisis, **pues para el órgano jurisdiccional la simple naturaleza de la pretensión principal explica la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la necesidad de la medida.** Asimismo, **no sustenta la admisión de la contracautela.**

5.16.- EXP. N° 03269-2013-60, seguido por AGRONEGOCIOS GÉNESIS S.A.C., contra el ORGANISMO PROMOTOR DE LA INVERSIÓN PRIVADA Y OTRO, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha cuatro de mayo del dos mil catorce, Agronegocios Génesis S.A.C., solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre Impugnación de Resolución Administrativa, interpuesta contra el Organismo Promotor de la Inversión Privada y otro, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; señala el peligro en la demora: evitar la buena fe registral de terceros adquirentes, pero **omite pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida**. Respecto de la **contracautela, no se ofrece ninguna**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha diez de mayo del dos mil catorce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida, ordena su ejecución y **regula la contracautela** en forma de caución juratoria, ello después de un frágil análisis, **pues para el órgano jurisdiccional la simple naturaleza de la pretensión principal explica la verosimilitud del derecho**. Sobre el **peligro en la demora**, se indica, erradamente, que está dado por **la probable disposición del bien**. Asimismo, al igual que el demandante **no se pronuncia sobre la razonabilidad de la medida, ni sobre el sustento de la contracautela**.

5.17.- EXP. N° 03603-2013-6, seguido por SANTOS ÁLVAREZ CHERO Y OTRO, CONTRA CORPORACIÓN AGRÍCOLA ÚCUPE S.A. EN REESTRUCTURACIÓN Y OTROS.

El **diecinueve de setiembre del año dos mil trece**, los demandantes interponen demanda sobre Nulidad de Acto Jurídico, la que posteriormente varían a Ineficacia

de Acto Jurídico (EXP. N° 03603-2013-0-1706-JR-CI-03), con la finalidad que se declaren ineficaces los actos jurídicos (transferencias de propiedad) celebrados por los demandados: Corporación Agrícola Úcupe S.A., Agroucupe, Empresa Agroindustrial Ucupe S.A.C. y Carlos Enrique Pisfil Chumioque.

La razón de la demanda estriba, a decir de los actores, en las sucesivas y fraudulentas transferencias de bienes inmuebles pertenecientes a la Corporación Agrícola Úcupe S.A., que buscan sustraer a la corporación del pago de sus acreencias laborales. Para sustentar su postura presentan como medios probatorios las Escrituras Públicas –que contienen los contratos de compraventa- otorgadas por la Corporación Agrícola Úcupe S.A., a favor de Agroucupe; las Escrituras Públicas otorgadas por Agroucupe, a favor de la Empresa Agroindustrial Ucupe S.A.C., y las Escrituras Públicas otorgadas por la Corporación Agrícola Úcupe S.A., a favor de Carlos Enrique Pisfil Chumioque.

Posteriormente, el siete de noviembre del año dos mil trece los demandantes, solicitan Medida Cautelar de No Innovar y de Administración Judicial de Empresa y Bienes, solicitando que:

- 1.- Se PROHIBA a los demandados: Empresa Agroindustrial Ucupe S.A.C., y Carlos Enrique Pisfil Chumioque, LA REALIZACIÓN DE TRANSFERENCIAS de los predios en los cuales aparecen como propietarios.
- 2.- Se PROHIBA a los demandados: Empresa Agroindustrial Ucupe S.A.C., y Carlos Enrique Pisfil Chumioque, LA REALIZACIÓN DE CUALQUIER ACTO JURÍDICO que implique: Usar, disponer, gravar, reivindicar, cosechar, quemar, moler y vender la caña de azúcar sembrada en los predios que indican.

3.- Se nombre a FRANK GUEVARA DIAZ como ADMINISTRADOR JUDICIAL de la Empresa Corporación Agrícola Ucupe S.A., así como de los bienes inmuebles transferidos que aparecen en Registros Públicos de propiedad de los demandados: Empresa Agroindustrial Ucupe S.A.C., y Carlos Enrique Pisfil Chumioque, hasta que en el proceso concursal de la Corporación Agrícola Ucupe S.A., se designe a la persona que ejercerá las funciones de liquidador de esta.

Los demandantes sustentan la verosimilitud de su derecho en que la Corporación –que al 14 de agosto del 2013 ha sido declarada en Disolución y Liquidación por INDECOPI- tiene pendiente hacer efectivo sus acreencias laborales, las cuales se encuentran protegidas y garantizadas con el patrimonio de la Corporación, cuyos administradores han transferido la propiedad de los predios agrícolas de la misma a favor de empresas recientemente creadas para esos efectos y a precios reducidos, todo ello con la finalidad de ocultar los bienes de la masa concursal y perjudicar a los acreedores, pues ya no existen predios cuya enajenación cubra y garantice el pago de sus acreencias laborales.

Afirman que han acreditado fehacientemente las transferencias fraudulentas de los predios realizados por la Corporación Agrícola Ucupe S.A., a favor de Agroucupe y Carlos Enrique Pisfil Chumioque, pues las cuestionadas transferencias se han realizado a favor de una empresa (AgroUcupe, cuyos socios se encuentran registrados en INFOCORP) recién constituida y con un capital insuficiente para adquirir realmente los predios en cuestión, a lo que suma el hecho de la transferencia simultánea de los mismos que ha realizado Agroucupe a favor de la Empresa Agroindustrial Ucupe S.A.C.

En cuanto al sustento del requisito peligro en la demora, anotan los solicitantes que existe un peligro inminente de que se sigan transfiriendo los activos de la empresa, así como que los actuales propietarios pueden gravar los predios

agrícolas o adquirieran obligaciones futuras respecto de los sembríos, lo que tornaría en incobrables las acreencias laborales. Culminan su exposición expresando que las medidas cautelares solicitadas son adecuadas, sin desarrollar argumento alguno.

Sobre la contracautela, ofrecen caución juratoria hasta por la suma de cincuenta mil nuevos soles, para lo cual legalizaron sus firmas ante el secretario de la causa.

La solicitud planteada fue resuelta, en todos sus extremos, a favor de los solicitantes mediante resolución número uno, de fecha veintiocho de noviembre de dos mil trece. El juez de la causa deduce la probabilidad de la pretensión basándose en las escrituras de compraventa y de la falta de justificación de las mismas por parte de la demandada Corporación Agrícola Ucupe S.A., pues de los escritos presentados por esta ante INDECOPÍ no aprecia que se haya enervado la eventual imposibilidad y la dificultad de cobro de la acreencia laboral, lo que le conduce a inferir la existencia de una evidente posibilidad de entender que las diversas ventas perjudicaban el derecho de los acreedores, que según su parecer, demuestran la notoria disminución del patrimonio de la deudora Corporación Agrícola Ucupe S.A.

Respecto al examen de **idoneidad o adecuación**, se argumenta que al ser evidente la disposición del patrimonio concursal sin razón justificada, resulta relevante mantener el estado de cosas, concluyendo que las medidas cautelares solicitadas resultan idóneas para suprimir la probable modificación del statu quo de los bienes sub materia. En lo que toca al análisis de **necesidad**, se anota que si bien se podría recurrir a medidas cautelares alternativas como la anotación de la demanda, lo más adecuado para que se conserve el estado de cosas del predio submateria, es que quien tiene la titularidad registral, así como quienes poseen los bienes se abstengan de modificar el estado de cosas de los referidos predios. En

cuanto a la **proporcionalidad** de la medida solicitada se dice que es tal por cuanto evitaría que se generen futuras obligaciones derivadas de cualquier modificación del estado de cosas sobre los predios sub litis, mientras el proceso sigue su curso. Y en una línea asevera que la **contracautela** debe regularse en forma prudencial hasta el monto propuesto.

Sobre la inminencia e irreparabilidad del perjuicio se ha precisado que, en tanto no exista una sentencia definitiva en autos, las medidas solicitadas no afectan a la posibilidad de revertir los efectos de la medida en caso la demanda fuera desestimada, en cambio, sí podría producirse consecuencias irreparables si es que se prosigue manteniendo el estado de cosas que incide en la probabilidad del perjuicio irreparable por la eventual imposibilidad de pago de las acreencias laborales de los accionantes.

La resolución en estudio peca de ligereza en su argumentación, pues si bien sustenta con solidez la verosimilitud del derecho de los solicitantes, tal firmeza argumentativa se hace frágil o se evapora cuando entra a justificar “la inminencia de un perjuicio irreparable” y la “razonabilidad de la medida”, pues al referirse a estos requisitos solo menciona fórmulas legales vacías sin contenido, lo que vulnera el derecho fundamental a una debida motivación de las resoluciones judiciales, lo que está sancionado con la nulidad por la parte final del artículo 611° del CPC.

Como ya lo advertimos, una medida cautelar razonable es aquella menos gravosa para el afectado y la mínimamente eficaz para el favorecido con ella, y a esto se llega mediante un estudio y selección de todas aquellas medidas restrictivas pasibles de imponer que cumplan con los requisitos de idoneidad (o adecuación), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Es decir, el estudio debe llegar a la conclusión de que con la concesión de la medida cautelar se ha obtenido un fin

legítimo (idoneidad), que de entre todas las medidas idóneas habidas es la menos dañina para el afectado (necesidad) y que la ventaja obtenida de la restricción del derecho compensa el sacrificio de su titular (ponderación o proporcionalidad en sentido estricto).

En ese orden de ideas, los argumentos expuestos por el juez de la causa no se condicen con las ideas vertidas por la doctrina y jurisprudencia, pues para empezar, cuando trata de justificar la idoneidad o adecuación de la medida cautelar, aduce la injustificada disposición patrimonial como elemento relevante para mantener el estado de cosas; flojo argumento que no se condice con el verdadero significado de la idoneidad o adecuación que no está en función a la verosimilitud del derecho sino a la obtención de un fin legítimo mediante medidas que guarden relación o conexión con el objeto de aseguración, lo que en el presente caso no se ha sustentado debidamente.

Así como no estuvo justificada la idoneidad de la medida, la explicación sobre la necesidad de concederla abunda, además, en impertinencias jurídicas, pues al seleccionarse la medida de no innovar, soslayando a la de anotación de demanda, no se saca en claro por qué la primera es menos restrictiva que la segunda, y solo se dice que si bien se podría recurrir a la anotación de la demanda, lo más “adecuado” es que se conserve el estado de cosas. Declaración inoportuna e imperceptible para el derecho, pues si se hubiera realizado un análisis meritorio la decisión hubiera sido contraria a la emitida, pues considero que la medida adecuada, necesaria y proporcional en el presente caso es la de anotación de demanda, tal como veremos a continuación.

En efecto, como ya lo estudiamos el artículo 673º del CPC ha establecido como presupuesto, para la concesión de la medida cautelar de anotación de demanda, que lo discutido en el proceso principal esté referido a derechos inscritos, como el

derecho de propiedad, cuya eficacia de su transferencia se cuestiona en el proceso principal del presente caso.

Ahora bien, la inscripción de la demanda en el asiento respectivo trae como efecto la aplicación de principios registrales como el de publicidad material, el cual determina la presunción *iuris et de iure*, que todos tenemos conocimiento del contenido de las inscripciones, aun cuando no haya sido efectivo, sin admitir prueba en contrario, generando de esta manera oponibilidad *erga omnes*, por lo que “no será amparable la invocación de buena fe de aquel que afirme el desconocimiento de un acto que se encontraba inscrito en los Registros Públicos.”²⁴⁵

En ese sentido, en el caso en estudio, la medida cautelar adecuada es la de anotación de demanda, ello por cuanto con esta se protege el derecho de los demandantes (fin legítimo) mediante una medida que guarda relación o conexión con la pretensión de los demandantes, pues está relacionado con derechos inscribibles, cuya afectación registral tiene como efectos la aplicación de principios registrales tan oponibles como los propios efectos de la acción pauliana²⁴⁶.

De igual manera la anotación de demanda pasa el filtro del sub principio necesidad, esto en razón de que es menos restrictiva que la medida de no innovar dictada en el presente caso, pues a despecho de esta, que priva a los demandantes de todos los atributos del derecho de propiedad, aquella solo se

²⁴⁵ Extracto de la Cas. Nº 1738-1998, disponible en: **GACETA JURÍDICA**. El Código Civil en su Jurisprudencia (Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil). Loc. cit.

²⁴⁶ Los cuales “son ex tunc; es decir, hará al negocio jurídico ineficaz desde su nacimiento, sin que ningún acto del adquirente pueda perjudicar al acreedor (a no ser que intervenga un subadquirente a título oneroso y de buena fe, artículo 191 del Código Civil). Así, el tercero mediato también cae bajo la esfera de la acción pauliana, ya sea el título adquisitivo de naturaleza onerosa o gratuita” (**ROCA MENDOZA**, Oreste Gherson. “Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores”. Gaceta Jurídica S.A. Lima, junio del 2013. Página 171).

limita a informar a los posibles adquirentes de los predios que existe un proceso en curso cuyo desenlace puede afectar sus intereses.

En lo que corresponde a la proporcionalidad²⁴⁷, la anotación de demanda, a diferencia de la medida de no innovar, resulta proporcional, la razón de su justificación se desprende de lo dicho en el párrafo anterior, pues la restricción del derecho de propiedad de los demandados es mínima con lo que se logra concluir que la ventaja obtenida por el recurrente compensa el sacrificio de la parte demandada.

Otro punto importante que merece aclaración es el extraviado razonamiento realizado respecto de la inminencia e irreparabilidad del perjuicio como requisito de las medidas de no innovar, pues para justificarlo se recurre a la reversabilidad de los efectos de la ejecución cautelar, propio de las medidas temporales sobre el fondo, y que nada tiene que ver con las medidas de no innovar. Además de ello nada se dice sobre la inminencia del perjuicio, lo que trastoca la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Por último, respecto de la contracautela cabe anotar que se admite la caución juratoria sin fundamentar debidamente la proporcionalidad y eficacia de la misma, solo se establece que debe regularse en forma prudencial hasta el monto propuesto.

Como se habrá podido verificar todos los argumentos del órgano jurisdiccional están dirigidos a sustentar la concesión de la medida cautelar de no innovar, pero

²⁴⁷ La resolución en estudio explica la proporcionalidad con argumentos que serían válidos para justificar el requisito de la inminencia de un perjuicio irreparable de la medida de no innovar. En efecto, cuando se refiere a la proporcionalidad de la medida solicitada anota que esta se justifica porque evitaría que se generen futuras obligaciones derivadas de cualquier modificación del estado de cosas, en tanto el proceso se resuelva definitivamente.

en ningún momento se detiene a fundamentar la medida cautelar de administración judicial de empresa y de bienes, lo que desdice completamente toda la normativa que sobre medidas cautelares ha prescrito el código adjetivo, así como nuestra carta política. Sin embargo, felizmente la resolución en cuestión ha sido dejada sin efecto por la resolución número ocho al resolver la oposición planteada por los afectados, la cual no comentaremos por no ser materia del presente trabajo, bastando decir que compartimos en parte los argumentos plasmados en dicha providencia.

5.18.- EXP. N° 01115-2013-42, seguido por MARIA CARMELA BARANDIARAN FERRE VDA DE ZOEGER, contra ADAN PABLO CIEZA PEREZ Y OTRA, sobre MEDIDA DE NO INNOVAR.

Mediante escrito de fecha veinte de marzo del dos mil trece, María Carmela Barandiarán Ferre Vda De Zoeger, solicita vía cautelar Medida de No Innovar a efectos de que se suspenda el procedimiento de inmatriculación que vienen tramitando los demandados en Registros Públicos respecto de un bien inmueble que asegura es de su propiedad, tal como se puede apreciar del contenido del referido instrumento.

Fundamenta su solicitud cumpliendo con casi todos de los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es cumple con exponer los fundamentos de la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora del proceso y el ofrecimiento de la contracautela, pasando por alto a la razonabilidad de la medida, así como a los presupuestos especiales exigidos por el tipo de medida solicitada: la inminencia de un perjuicio irreparable y su excepcionalidad, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto.

Examinamos que debido a la naturaleza de la medida solicitada (restringe seriamente el derecho de propiedad) y del proceso de nulidad de acto jurídico, en el que la verificación de la nulidad requiere de un concienzudo análisis, la verosimilitud del derecho de la demandante no resulta contundente como para conceder la medida.

Por otro lado, el peligro en la demora formulado resulta sobredimensionado, pues se basa en un hecho hipotético: La inmatriculación del predio por parte de los demandados, pues se asegura que de lograrse dicho acto registral habría la posibilidad de que el inmueble se transfiera a terceros que podrían beneficiarse con la buena fe registral. Dicho argumento no guarda concierto las particularidades que debe tener el perjuicio derivado del peligro en la demora, ya que este “ha de ser real y efectivo, nunca hipotético, y, además, de gravedad tal que sus consecuencias sean irreparables”²⁴⁸. Es más en la medida innovativa y de no innovar, “este examen es más intenso, toda vez que debe apreciarse que el peligro es inminente, esto es, próximo a producirse el daño y que de no actuarse se ocasionará un daño irreparable.”²⁴⁹

Por último, respecto de la contracautela, esta se ofrece en forma de caución juratoria sin fundamentarla y sin establecer monto, dejándolo al arbitrio del Juez su estimación.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinticuatro de mayo del dos mil trece, que en su parte resolutive declara improcedente la solicitud cautelar, ello basándose en que se está cuestionando la existencia de un acto jurídico que se va a tramitar (o sea de un acto hipotético) y

²⁴⁸ **MONTERO AROCA**, Juan y **FLORS MATÍES**, José. Op. cit., página 426.

²⁴⁹ CAMA QUISPE, Jacinto Arnaldo. Op. cit., página 242.

en lo controversial de las pretensiones a demandar, por lo que los elementos aportados resultan insuficientes para vislumbrar los requisitos generales y especiales de la solicitud cautelar.

Como se puede advertir de la citada resolución, el órgano jurisdiccional examina los presupuestos de la medida solicitada en base a argumentos muy breves, lo que va en contra del derecho de defensa, pues no sustenta consistentemente la falta de verosimilitud del derecho, ni que decir del peligro en la demora. Aunque estamos de acuerdo con la decisión final, bastaba que desestime de plano la solicitud por incumplimiento de los requisitos establecidos en el código adjetivo, esto es los generales y especiales.

5.19.- EXP. N° 04006-2011-92, seguido por JOSE HUMBERTO PEREZ ZANELLI, contra ANA LUZ GARCIA TEQUEN Y OTRA, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha treinta y uno de octubre del dos mil trece, José Humberto Pérez Zanelli, solicita vía cautelar que se anote la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta contra Ana Luz García Tequen y otra, en los Registro Públicos, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

La solicitud cumple con fundamentar la verosimilitud de su derecho y el peligro en la demora; sin embargo, respecto de la razonabilidad de la medida solo sustenta, y de manera inconsistente, la adecuación de la medida. En lo que toca a la contracautela, solo la ofrece, sin fundamentarla, por lo que por lo menos se hubiera requerido al demandante para que cumpla con fundamentar las omisiones advertidas, pues sustentar la razonabilidad es trascendente ya que con su análisis se sabrá si el fin que se persigue con la medida es legítimo, inocuo y proporcional.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha tres de marzo del dos mil catorce, que en su parte resolutive rechaza la medida por no haber cumplido la solicitante con subsanar lo ordenado mediante resolución número uno, esto es adjuntar copias de la demanda y resolución admisorio.

5.20.- EXP. N° 03100-2012-87, seguido por la ASOCIACIÓN DE RESIDENTES DE LA URBANIZACIÓN LOS LIBERTADORES, contra J & C MENDOZA EDIFICACIONES Y EQUIPOS S.A.C., sobre MEDIDA DE NO INNOVAR.

Mediante escrito de fecha veintidós de enero del dos mil trece, la Asociación de Residentes de la Urbanización Los Libertadores, solicita vía cautelar Medida de No Innovar. Posteriormente, mediante escrito de fecha veinticinco de marzo del mismo año, adecúan la medida solicitada a la de anotación de demanda, a efectos de que se anote la demanda de prescripción adquisitiva interpuesta contra J & C Mendoza Edificaciones y Equipos S.A.C., tal como se puede apreciar del contenido del referido instrumento.

Fundamenta su solicitud con la exposición de los fundamentos de la verosimilitud de su derecho y del peligro en la demora del proceso, aunque de manera inconsistente respecto de este, y ofrece contracautela en forma de caución juratoria, pasando por alto a la razonabilidad de la medida, por lo que el órgano jurisdiccional debió requerirle la subsanación de dicha omisión.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha dos de abril del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución.

5.21.- EXP. N° 02609-2012-89, seguido por DANIEL VASQUEZ FLORES, contra FRANCISCO VASQUEZ FLORES Y OTRA, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veintisiete de marzo del dos mil trece, Daniel Vásquez Flores, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda de petición de herencia, interpuesta contra Francisco Vásquez Flores y otra, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan **la verosimilitud** de su derecho conforme lo indican. Sobre el **peligro en la demora** cabe precisar que el tipo de medida solicitada busca publicitar el derecho en discusión a efectos de aplicar principios registrales cuando corresponda, sin embargo se precisa que buscan evitar la transferencia del bien por los demandados; es decir, **se pretende evitar un peligro con una medida que no impide la transferencia del bien**, por lo que este requisito se debe tener por no cumplido así como **la razonabilidad de la medida por no haber sido expuesto**. Respecto de la **contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas y cumpla con precisar de manera adecuada el peligro en la demora.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinticuatro de mayo del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, ello después de un **inexistente análisis de los requisitos cautelares**.

5.22.- EXP. N° 00147-2013-9, seguido por TERESA FUENTES CORONEL, contra HUMBELINA CARBONEL LEON, sobre Medida cautelar en forma de inscripción fuera de proceso.

En julio del dos mil trece, la solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se anote en los Registros Públicos el contrato de compraventa, el cual servirá de

fundamento en el proceso de otorgamiento de escritura pública que planteará en su oportunidad, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; sobre el peligro en la demora, no indica cuál es el peligro a eliminar; respecto de la **razonabilidad de la medida, omite pronunciarse**. Respecto de la contracautela ofrece caución juratoria fundamentándola. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha dieciséis de agosto del dos mil trece, que en su parte resolutive la declara improcedente, en base a que **la solicitada resulta inadecuada**, excusándose en hacer uso de su facultad de adecuación, en que la medida de anotación de demanda no procede fuera de proceso.

5.23.- EXP. N° 00156-2013-16, seguido por ALBERTO GAMARRA ZUÑIGA Y OTRA, contra ELVIRA ROSA REYES MONTALVO, sobre Medida cautelar innovativa fuera de proceso.

El siete de agosto del dos mil trece, los solicitantes requieren al órgano jurisdiccional que se dicte medida innovativa, consistente en la paralización de trabajos de edificación que dañan la propiedad de los recurrentes. Situación que resulta impostergable debido a que existe peligro en la demora del proceso principal de interdicto de retener que planteará en su oportunidad contra la demandada, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; sobre el peligro en la demora, **no indica cuál es el peligro a eliminar**; respecto de la

razonabilidad de la medida, omite pronunciarse. En lo que toca a los **requisitos especiales de la medida innovativa no las fundamenta.** Respecto de la contracautela solo ofrece caución juratoria. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha veintitrés de agosto del dos mil trece, que en su parte resolutive la declara **inadmisible**, por haber omitido los demandantes con fundamentar “la inminencia de un perjuicio irreparable”, concediéndoles un plazo de tres días para subsanar la omisión advertida. No obstante, los emplazados no cumplieron con el mandato, procediéndose a rechazar la solicitud de medida cautelar.

5.24.- EXP. N° 00226-2013-53, seguido por ABDIAS CHAMAYA GARCIA, contra CESAR ULISES CORONEL VASQUEZ, sobre Medida cautelar innovativa fuera de proceso.

En el mes de octubre del dos mil trece, los solicitantes requieren al órgano jurisdiccional que se dicte medida innovativa, consistente en la inscripción de la Resolución Ejecutiva Regional N° 111-2012-GR.LAMB/PR que dispone la reversión al patrimonio del Estado, Gobierno Regional de Lambayeque, del predio rústico “San Pedro” tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; sobre el peligro en la demora lo precisa; respecto de la **razonabilidad de la medida, omite pronunciarse.** En lo que toca a los requisitos especiales de la medida innovativa indica la inminencia del perjuicio irreparable, pero **omite precisar cuál es el estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda**, así como **la excepcionalidad de la medida.** Asimismo,

no cumple con expresar claramente la pretensión a demandar. **Respecto de la contracautela solo ofrece una de carácter personal.** En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinte de diciembre del dos mil trece, que en su parte resolutive la declara **inadmisible**, por haber omitido el demandante con expresar claramente la pretensión a demandar, concediéndosele un plazo de tres días para subsanar la omisión advertida. El emplazado cumplió con el mandato precisando que el proceso a entablar será sobre nulidad de acto jurídico. Luego, mediante Resolución dos, de fecha, quince de enero del dos mil catorce se procedió a **rechazar la solicitud** de medida cautelar en base a falta de adecuación de la medida, afirmando el a quo que el derecho de la demandante puede cautelarse a través de otro tipo de medidas cautelares. Agregando además que no existe la verosimilitud requerida y menos se ha fundamentado adecuadamente el peligro en la demora que su no concesión pudiera originar.

5.25.- EXP. N° 00256-2013-28, seguido por JACINTO VALLADOLID TELLO, contra NERY LUZ VALLADOLID TELLO sobre Medida cautelar en forma de anotación de demanda.

En el mes de noviembre del dos mil trece, la solicitante requiere al órgano jurisdiccional que se anote, en los registros que señala, la demanda sobre nulidad de sucesión intestada y de la compra venta de acciones y derechos respecto del inmueble que se indica, interpuesta contra la demandada por considerar que se le han vulnerado sus derechos sucesorios.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho, el peligro en la demora mas no sobre la razonabilidad de la medida. Respecto de la contracautela solo ofrece caución juratoria por la suma que el juez considere conveniente. En virtud del examen realizado la medida debió declararse inadmisible y emplazar al solicitante para que cumpla con precisar la omisión advertida.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha diecisiete de enero del dos mil catorce, que en su parte resolutive declara admitir a trámite la medida solicitada sin realizar motivación alguna.

5.26.- EXP. N° 00173-2011-36, seguido por VIRGILIO MONCAYO ENRIQUEZ, contra la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, sobre EJECUCIÓN ANTICIPADA DE SENTENCIA.

Mediante escrito de fecha veintiséis de julio del dos mil trece, el demandante, solicita cautelarmente ejecución anticipada de sentencia, por haber obtenido sentencia favorable en primera instancia que ordena a la demandada cumpla con reconocer los incrementos de pactos colectivos, entre otras prestaciones dinerarias, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Se fundamenta la solicitud evocando los artículo 615° (caso especial de procedencia) y 629° (medida cautelar genérica) del CPC. Apreciamos de la solicitud que el recurrente busca gozar de los efectos de la sentencia, lo que es propio de una medida temporal sobre el fondo, por lo que debió cumplir con sustentar los presupuestos especiales exigidos por este tipo de medida como es **la inminencia de un perjuicio irreparable, la reversibilidad de los efectos y la no afectación del interés público**, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera

requerido el cumplimiento de las omisión advertida, por ser imprescindible para su concesión.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha treinta y uno de julio del dos mil trece, que en su parte resolutive declara fundada la solicitud cautelar, ello en base a lo expuesto por el recurrente, esto es solo por el hecho de haberse amparado la demanda. Actualmente, dicha resolución fue apelada por el afectado, encontrándose pendiente de resolver.

5.27.- EXP. N° 00309-2009-70, seguido por ROSA MERCEDES RIGHETTI QUIROZ, contra la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, sobre EJECUCIÓN ANTICIPADA DE SENTENCIA.

Mediante escrito de fecha catorce de abril del dos mil trece, la demandante, solicita cautelarmente ejecución anticipada de sentencia, por haber obtenido sentencia favorable en primera instancia que ordena a la demandada cumpla con reconocer los incrementos de pactos colectivos, entre otras prestaciones dinerarias, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Se fundamenta la solicitud evocando los artículo 615° (caso especial de procedencia) y 629° (medida cautelar genérica) del CPC. Apreciamos de la solicitud que el recurrente busca gozar de los efectos de la sentencia, lo que es propio de una medida temporal sobre el fondo, por lo que debió cumplir con sustentar los presupuestos especiales exigidos por este tipo de medida como es **la inminencia de un perjuicio irreparable, la reversibilidad de los efectos y la no afectación del interés público**, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera requerido el cumplimiento de las omisión advertida, por ser imprescindible para su concesión.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinte de mayo del dos mil trece, que en su parte resolutive admite la solicitud cautelar, ello en base a lo expuesto por el recurrente, esto es solo por el hecho de haberse amparado la demanda.

Posteriormente, mediante resolución dos se declara improcedente la oposición formulada, la cual fue apelada por la afectada, obteniendo como respuesta del superior la nulidad de la resolución dos y ordena al a quo emitir nuevo pronunciamiento. Ello, en base a que el a quo no tuvo en cuenta el inciso 3 del artículo 122° del CPC²⁵⁰.

5.28.- EXP. N° 00105-2011-26, seguido por JOSE CHAPOÑAN MARCELO, contra la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, sobre MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL FONDO.

Mediante escrito de fecha dieciséis de abril del dos mil trece, el demandante, solicita Medida Temporal sobre el Fondo con la finalidad de que la demandada lo reincorpore a su centro de trabajo, por haber obtenido sentencia favorable en primera instancia, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento, en el que se sustenta además en el artículo 615° del CPC.

Se fundamenta la solicitud en el artículo 615° del CPC; sin embargo no se cumple con exponer los presupuestos especiales exigidos por el tipo de medida solicitada, esto es **la necesidad impostergable**, la **reversibilidad de los efectos de la decisión** y la **no afectación del interés público**, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera

²⁵⁰ **Artículo 122.-** Las resoluciones contienen:... "3. La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con la cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado;"

requerido el cumplimiento de las omisiones advertidas, por ser imprescindibles para su concesión.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha dieciocho de abril del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la solicitud cautelar, ello después de ello en base a lo expuesto por el recurrente, esto es **solo por el hecho de haberse amparado la demanda.**

5.29.- EXP. N° 02555-2013-90, seguido por CARMEN LILA PEREZ DELGADO Y OTRO, contra la EMPRESA DE TRANSPORTES PERLA DEL ALTO MAYO, sobre EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN.

Mediante escrito de fecha seis de marzo del dos mil trece, Carmen Lila Pérez Delgado y otro, en virtud del artículo 656° del CPC, solicita vía cautelar, embargo en forma de inscripción hasta por la suma que indican respecto de los vehículos que se indican, pertenecientes a la demandada, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Conforme el referido artículo, esta medida cautelar puede recaer en bienes registrados, y se ejecuta inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que exista identidad entre el sujeto que aparece en el registro como titular del bien y el demandado. Asimismo, no hay que olvidar que la medida solicitada es un tipo de embargo, por tanto solo procede cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, (artículo 642° del CPC).

En ese sentido, la solicitud cumple con fundamentar los requisitos especiales exigidos por la medida solicitada, pues los bienes muebles sobre los que recaerá la medida están registrados y existe identidad entre el sujeto que aparece en el

registro como titular del bien y el demandado, tal como se puede verificar del sustento reflexivo de la verosimilitud del derecho.

Los solicitantes cumplen con fundamentar la verosimilitud de su derecho; señalan el peligro en la demora: evitar que el demandado transfiera la propiedad libre de gravámenes y así evadir su responsabilidad en caso se declare fundada su demanda de indemnización de daños y perjuicios. Respecto de la **contracautela, solo se ofrece caución juratoria sin fundamentarla**, así como **tampoco explican la razonabilidad de la medida**. Lo examinado nos lleva a inferir que el juez de la causa por lo menos hubiera requerido a los demandantes subsane las omisiones advertidas.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha dieciséis de marzo del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, **sin establecer contracautela**; ello después de un inexistente análisis de los requisitos cautelares, pues **solo cita artículos que los contienen**.

5.30.- EXP. N° 01108-2013-1, seguido por ALBERTO CANDELARIO AYASTA DIAZ Y OTROS, contra JORGE LUIS SORIANO DIAZ, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha dieciocho de enero del dos mil trece, Alberto Candelario Ayasta Díaz y otros, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre petición de herencia y otro, interpuesta contra Jorge Luis Soriano Díaz, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; sobre el **peligro en la demora**, según se indica, se busca evitar la posible transferencia

de propiedad que haga el demandado, lo que no se condice con la finalidad de esta medida. Respecto de la contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar. En virtud del examen realizado, debió requerirse al demandante para que precise el peligro que se busca evitar.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha diecisiete de marzo del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la medida, ordenando su ejecución; ello después de un frágil análisis, **pues para el órgano jurisdiccional la necesidad de proteger registralmente el derecho del accionante, acredita la verosimilitud**, confundiendo a este requisito con **el peligro en la demora**, el cual solo es mencionado. Sobre la **contracautela**, **la admite en forma de caución juratoria sin sustentarla**.

5.31.- EXP. N° 06492-2013-1, seguido por MARIA MAGDALENA VASQUEZ ALVA, contra BANCO FINANCIERO DEL PERÚ – SUCURSAL CHICLAYO Y OTRA, sobre MEDIDA CAUTELAR INNOVATIVA.

Mediante escrito de fecha cinco de junio del dos mil trece, María Magdalena Vásquez Alva, solicita Medida Cautelar Innovativa, con la finalidad de que se disponga la suspensión de los efectos jurídicos del contrato de préstamo personal y de la carta de autorización de descuento por planillas, materia de nulidad en el proceso principal, suscritos entre la demandante y demandado, tal como se aprecia del contenido de la resolución número uno.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha cinco de julio del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, realizando un análisis consistente de la verosimilitud del derecho invocado, la excepcionalidad de la medida y la inminencia de un perjuicio

irreparable. **Sobre el peligro en la demora no indica en qué consiste, a pesar de conceptuarlo.**

5.32.- EXP. N° 04035-2013-1, seguido por GOBIERNO REGIONAL DE LAMBAYEQUE, contra PROYECTOS INMOBILIARIOS DEL NORTE E.I.R.L. Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha uno de mayo del dos mil trece, el Gobierno Regional de Lambayeque, solicita vía cautelar medida cautelar de no innovar a fin de que se mantenga la situación de y de derecho existente al momento de presentar la demanda de reivindicación de bien inmueble, **sin precisar qué situación busca mantener**, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho remitiéndose a la demanda principal. Sobre el **peligro en la demora e inminencia de un perjuicio irreparable**, solo son mencionadas, mas no sustentadas. En lo que toca a la excepcionalidad de la medida, no se hace mención alguna. En virtud del examen realizado la medida debe declararse improcedente por no haberse cumplido con sustentar requisitos generales y especiales, y lo que es más grave **no se precisa qué situación de hecho o de derecho se busca conservar con la medida, no habiendo objeto sobre qué pronunciarse.**

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha diez de mayo del dos mil trece, **que adecúa la medida a la de anotación de demanda**, y en esos términos la admite a trámite; ello después de un frágil análisis.

5.33.- EXP. N° 03593-2010-58, seguido por OLGA PERICHE PUICAN DE FENCO, contra LADYS AGAPITO SALCEDO, sobre MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL FONDO.

Mediante escrito de fecha **diecinueve de marzo del dos mil doce**, Olga Periche Puican de Fenco solicita Medida Temporal sobre el Fondo consistente en la entrega física de bien inmueble cuya titularidad se discutía en el proceso principal sobre Mejor Derecho a la Propiedad, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Fundamenta su solicitud cumpliendo con algunos de los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es cumple con exponer los fundamentos de la verosimilitud del derecho (que en las medidas temporales sobre el fondo se necesita no una simple verosimilitud sino una alta probabilidad de que ese derecho será amparado), el peligro en la demora del proceso y el ofrecimiento de la contracautela, pasando por alto a la razonabilidad de la medida, así como a los presupuestos especiales exigidos por el tipo de medida solicitada: La necesidad impostergable del que la pide y la reversibilidad de los efectos de la decisión, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto.

Examinamos que los fundamentos expuestos por la demandante no resultan firmes, pues la prueba aportada no es contundente por insuficiente, por lo que el derecho de la demandante no resulta claro y se tendría que esperar hasta las resultas del proceso principal. Por otro lado, el sustento del peligro en la demora no resulta convincente, ya que en un proceso de Mejor Derecho a la Propiedad el peligro no está dado por las construcciones que realice el demandado, pues una edificación en nada pone en riesgo la titularidad de la propiedad.

Sobre la contracautela, se ofrece caución juratoria sin fundamentarla y sin establecer monto, dejándolo al arbitrio del Juez su estimación.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha dos de mayo del dos mil doce, que en su parte resolutive declara improcedente la solicitud cautelar, ello después de analizar la firmeza del derecho invocado que concluye en que este no tiene alta probabilidad de ser amparado por lo insuficiente de los medios probatorios aportados. Como se puede advertir de la citada resolución, el órgano jurisdiccional solo analiza un presupuesto de la medida solicitada, y al tenerlo como insubsistente, declara sin más la improcedencia de la medida, utilizando así el criterio de subordinación, expuesto líneas arriba.

La resolución del a quo fue en revisión, siendo confirmada por el superior en base a la falta de claridad del derecho de la demandante, la falta de determinación del bien sub litis y a la falta de idoneidad de la medida.

5.34.- EXP. N° 03266-2011-74, seguido por OSWALDO OLIVOS SERQUEN Y OTRO, contra JORGE INOSENIO MIRANDA BUSTAMANTE Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha **dieciocho de mayo del dos mil doce**, Oswaldo Olivos Serquen y otro, solicitan vía cautelar que se anote la demanda de prescripción adquisitiva interpuesta contra Jorge Inosencio Miranda Bustamante y otros, en el Registro de Propiedad Inmueble de los predios sub litis, tal como se puede apreciar del contenido del referido instrumento.

Fundamentan su solicitud cumpliendo con los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es con exponer los fundamentos de su pretensión cautelar (referidos a la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora del

proceso y la razonabilidad de la medida) y ofrecer contracautela. No obstante haber cumplido con los requisitos exigidos por el código adjetivo, cuestionamos el contenido de uno de ellos, pues, a diferencia del desarrollo que hace de la verosimilitud de su derecho y del peligro en la demora, **cuando explican la razonabilidad de la medida lo hacen de manera inconsistente**, pues la justifican utilizando los efectos registrales de la anotación de la demanda, esto es el conocimiento iure et de iure de las anotaciones registrales, evidenciándose una total pobreza académica por parte del letrado que autoriza la solicitud cautelar.

Sobre la contracautela, se ofrece caución juratoria sin fundamentarla y sin establecer monto, dejándolo al arbitrio del Juez su estimación.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha treinta y uno de mayo del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena la ejecución de la misma. Aunque estoy de acuerdo con la decisión, no lo estoy con la motivación de dicha resolución, por lo que realizaré algunos cuestionamientos.

En efecto, los argumentos utilizados pecan de inadecuados. Así pues, al fundamentar la **apariencia del derecho** recurre al hecho de haberse admitido la demanda y a la naturaleza de la medida; argumento fuera de lugar que no se corresponde con una justificación consistente que debe surgir del análisis superficial de los hechos expuestos y los medios probatorios aportados por la parte interesada.

Lo que llama la atención es el sustento que se hace respecto del **peligro en la demora**, pues a pesar de que los solicitantes lo establecieron (peligro de transferencia de los bienes), se afirma que el mismo radica en la necesidad de dar prevalencia registral a la demanda, declaración que no merece más comentarios,

al igual que la fundamentación de la razonabilidad de la medida, respecto del cual el órgano jurisdiccional lo agota en un obscuro análisis del sub principio de adecuación.

5.35.- EXP. N° 04006-2011-71, seguido por JOSE HUMBERTO PEREZ ZANELLI, contra ANA LUZ GARCIA TEQUEN Y OTRA, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha tres de octubre del dos mil doce, José Humberto Pérez Zanelli, solicita vía cautelar que se anote la demanda de nulidad de acto jurídico interpuesta contra Ana Luz García Tequen y otra, en los Registro Públicos, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Fundamenta su **solicitud incumpliendo con algunos de los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC**. En efecto, cumple con fundamentar la verosimilitud de su derecho, pero no lo hace respecto del peligro en la demora, que solamente lo menciona sin explicar en qué consiste, haciendo lo mismo con la razonabilidad de la medida y la contracautela, por lo que la solicitud cautelar debería haberse desestimado, pues cumplir con la exigencia del artículo 610° del CPC “es determinante para conceder la medida, pues en ella el interesado debe mostrar los elementos de la cautela...; si se carece de estos, la pretensión se desestimaré”²⁵¹.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha trece de diciembre del dos mil doce, que en su parte resolutive declara improcedente la solicitud cautelar, ello después de analizar la verosimilitud del derecho invocado que concluye en que su derecho no resulta verosímil por cuanto las demandadas no aparecen como propietarias del bien inmueble. Como se puede advertir de la

²⁵¹ **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Op. cit., página 17.

citada resolución, el órgano jurisdiccional solo analiza un presupuesto de la medida solicitada, y al tenerlo como insubsistente, declara sin más la improcedencia de la medida, utilizando así el criterio de subordinación, expuesto líneas arriba.

5.36.- EXP. N° 04370-2011-79, seguido por ORLANDO RICARDO SAAVEDRA UGAZ Y OTRA, contra MAXIMO RIMARACHIN AGUINAGA Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veintisiete de junio del dos mil doce, Orlando Ricardo Saavedra Ugaz y otra, en virtud del artículo 681° del CPC, solicitan vía cautelar la ejecución anticipada de la decisión final que se adoptará en la demanda sobre interdicto de recobrar seguido contra Máximo Rimarachin Aguinaga y otros, esto es se disponga la restitución inmediata de su posesión respecto del bien inmueble que detallan, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Conforme el referido artículo, procede adelantar los efectos del proceso de interdicto de recobrar, o sea la posesión provisoria, siempre que el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida (verosimilitud del derecho), por lo que los medios probatorios deben estar referidos, exclusivamente, a probar la posesión y el acto desposesorio o su ausencia (artículo 600° del CPC), lo cual podrá ser comprobado mediante fotos, videos o por actas policiales que demuestren el hecho del despojo.

Asimismo, no hay que olvidar que la medida solicitada está dentro de las medidas temporales sobre el fondo, por tanto también debe reunir los requisitos exigidos por el artículo 647° del CPC, esto es su excepcionalidad, la necesidad impostergable del que la pide, la firmeza del fundamento de la demanda y prueba

aportada (verosimilitud del derecho), la reversibilidad de los efectos de la decisión y, que no afecte el interés público.

En ese sentido, la solicitud cumple con fundamentar los requisitos especiales exigidos por la medida solicitada, así como el peligro en la demora que según explican consiste en la posibilidad de que los demandados dispongan del bien sub litis o transfieran la posesión del mismo; sin embargo, se olvidan de exponer los fundamentos de la razonabilidad de la medida, así como su excepcionalidad, la necesidad impostergable, la reversibilidad de los efectos de la decisión y la no afectación del interés público. En lo que toca a la contracautela, solo la ofrece, sin fundamentarla. Si bien algunos requisitos se pueden deducir de los hechos expuestos, otros son imprescindibles para su concesión como por ejemplo la razonabilidad de la medida y la necesidad impostergable del que la pide, por lo que por lo menos se hubiera requerido al demandante para que cumpla con fundamentar las omisiones advertidas.

No obstante, tal como fue presentada, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha diez de octubre del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, **sin pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida y menos sobre los requisitos exigidos por el artículo 647° del CPC; sobre la contracautela, no la fundamenta.** El argumento utilizado para sustentar el **peligro en la demora** resulta inadecuado, ya que recurre a la causa de este, o sea a la demora del proceso. Lo rescatable es que se precisó de manera consistente la verosimilitud del derecho invocado.

5.37.- EXP. N° 00248-2012-84, seguido por SONIA VILCHEZ GUZMAN, contra CESAR MANUEL CANALES DE LA PEÑA Y OTRA, sobre EMBARGO EN FORMA DE INSCRIPCIÓN.

Mediante escrito de fecha veinticuatro de enero del dos mil doce, Sonia Vílchez Guzmán, en virtud del artículo 656° del CPC, solicita vía cautelar la embargo en forma de inscripción hasta por la suma que indica respecto del inmueble de los demandados, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Conforme el referido artículo, esta medida cautelar puede recaer en bienes inmuebles previamente registrados, y se ejecuta inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que exista identidad entre el sujeto que aparece en el registro como titular del bien y el demandado. Asimismo, no hay que olvidar que la medida solicitada es un tipo de embargo, por tanto solo procede cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, (artículo 642° del CPC).

En ese sentido, la solicitud cumple con fundamentar los requisitos especiales exigidos por la medida solicitada, pues el inmueble sobre el que recaerá está registrado y existe identidad entre el sujeto que aparece en el registro como titular del bien y el demandado, tal como se puede verificar cuando se sustenta reflexivamente la verosimilitud del derecho; sin embargo dicho sustento resulta vano, por cuanto **solo sustenta la primera pretensión (demolición de construcción) mas no la pretensión que se pretende asegurar, esto es la indemnización de daños y perjuicios**, y a ello debió apuntar el sustento de la demandante. Respecto del peligro en la demora indican que se configura por la posibilidad de que los demandados dispongan o graven del bien sub litis, lo que es lógico; sin embargo, **se olvidan de exponer los fundamentos de la razonabilidad de la medida**. En lo que toca a la contracautela, solo se ofrece, sin fundamentarla. Lo examinado nos lleva a inferir que la solicitud debería ser desestimada, pues se ha obviado requisitos imprescindibles para su concesión, o por lo que por lo menos se hubiera requerido a la demandante para que cumpla con fundamentar las omisiones advertidas.

No obstante, tal como fue presentada, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha dos de febrero del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución. Cabe precisar que el órgano jurisdiccional **al sustentar la verosimilitud del derecho comete el mismo error que el solicitante**, tal como lo anotamos. Asimismo, al igual que el demandante **no se pronuncia sobre la razonabilidad de la medida, ni sustenta la contracautela**.

5.38.- EXP. N° 01725-2012-39, seguido por MOISES MONTALVO MERINO Y OTROS, contra MERCANTIL MARAÑON S.A.C., sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veintisiete de diciembre del dos mil doce, Moisés Montalvo Merino y otros, solicita vía cautelar que se anote en los Registro Públicos la demanda de nulidad de acto jurídico y otros, interpuesta contra Mercantil Marañón S.A.C., tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan **la verosimilitud** de su derecho conforme lo indican, sin embargo **los argumentos expuestos son inconsistentes**, pues la demanda planteada no es la adecuada para dejar sin efecto una garantía real (hipoteca) que está a punto de ser ejecutada en el proceso de ejecución iniciado por el ahora demandado, por tanto al no ser probable que venza en el pleito su derecho no es verosímil.

Sobre el **peligro en la demora** cabe precisar que el tipo de medida solicitada busca publicitar el derecho en discusión a efectos de aplicar principios registrales cuando corresponda, sin embargo se precisa que buscan evitar el remate del bien o su adjudicación y disposición por la demandada; es decir, **se pretende evitar un peligro con una medida que no impide la transferencia del bien**, por lo que

este requisito se debe tener por no cumplido así como **la razonabilidad de la medida por lo limitado de su fundamento**. Respecto de la **contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número tres, de fecha ocho de agosto del dos mil trece, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, ello después de un **inexistente análisis de los requisitos cautelares**, pues tiene por verosímil el derecho invocado por el solo hecho de haberse admitido la demanda. Lo que causa extrañeza es la ligereza con que se tiene por cumplidos los demás requisitos porque solo se cita el dispositivo legal que los contiene.

5.39.- EXP. N° 00927-2012-41, seguido por ENRIQUE LOZADA DIAZ, contra EVERT TICLIAHUANCA TORRES Y OTRA, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha diecisiete de junio del dos mil doce, Enrique Lozada Díaz, solicita vía cautelar que se anote en los Registro Públicos la demanda a promoverse sobre nulidad de acto jurídico y otros, contra Evert Ticlihuanca Torres y otra, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan **la verosimilitud** de su derecho conforme lo indican, sin embargo **los argumentos expuestos no son lo mínimamente firmes**, pues en la demanda se pretenderá la nulidad de una escritura pública y del asiento registral en el que consta la propiedad de los demandados (terceros registrales), con el argumento de que dicha propiedad pertenece al demandante por tener este un contrato de promesa de venta de fecha anterior a dicha escritura. Es decir, se tratará de oponer una transferencia realizada en base a la buena fe registral y un contrato privado de promesa de compraventa, lo que a todas luces pone en duda

la verosimilitud del derecho del demandante; por lo que será el proceso principal el que resuelva la incertidumbre jurídica; por tanto el derecho de los solicitantes no alcanza el grado de verosimilitud.

Sobre el **peligro en la demora** cabe precisar que el tipo de medida solicitada busca publicitar el derecho en discusión a efectos de aplicar principios registrales cuando corresponda, sin embargo se precisa que lo que se busca evitar es la transferencia del bien por parte de los demandados; es decir, **se pretende evitar un peligro con una medida que no impide la transferencia del bien**, por lo que este requisito se debe tener por no satisfecho, así como **la razonabilidad de la medida por haberse omitido**, al igual que la **contracautela**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha trece de julio del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, **sin fijar contracautela**; ello después de un **inexistente análisis de los requisitos cautelares**, pues tiene por verosímil el derecho invocado por el solo hecho de haberse admitido la demanda. **Respecto del peligro en la demora recoge lo indicado por el demandante**. Asimismo, al igual que el demandante **no se pronuncia sobre la razonabilidad de la medida**.

Lo destacable es que mediante resolución número cinco, de fecha veintiocho de enero del dos mil trece, previo análisis del escrito de oposición, se deja sin efecto la medida concedida.

5.40.- EXP. N° 01964-2012-8, seguido por CARMEN ROSA CABRERA GUTIERREZ Y OTRO, contra COMUNIDAD CAMPESINA SANTA LUCIA DE FERREÑAFE Y OTRAS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha diecinueve de setiembre del dos mil doce, Carmen Rosa Cabrera Gutiérrez y otro, solicitan vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda de nulidad de acto jurídico y otro, interpuesta contra la Comunidad Campesina Santa Lucia de Ferreñafe y otras, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan **la verosimilitud** de su derecho conforme lo indican. Sobre el **peligro en la demora** cabe precisar que el tipo de medida solicitada busca publicitar el derecho en discusión a efectos de aplicar principios registrales cuando corresponda, sin embargo se precisa que buscan evitar la transferencia del bien por uno de los codemandados; es decir, **se pretende evitar un peligro con una medida que no impide la transferencia del bien**, por lo que este requisito se debe tener por no cumplido así como **la razonabilidad de la medida por no haber sido expuesto**. Respecto de la **contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas y cumpla con precisar de manera adecuada el peligro en la demora.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha catorce de enero del dos mil trece, que en su parte resolutive **rechaza la solicitud cautelar, por cuanto en el principal se he declarado el desistimiento del proceso**.

5.41.- EXP. N° 00152-2012-63, seguido por ANA MARIA TORRES LOO KUNG Y OTRO, contra ANA MARIA LOO KUNG LIAU Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante solicitud cautelar doña Ana María Torres Loo Kung y otro, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre nulidad de acto jurídico, interpuesta contra Ana María Loo Kung Liao y otros, tal como se aprecia del contenido de la resolución número dos.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha treinta y uno de mayo del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución; ello después de un frágil análisis, pues para el órgano jurisdiccional **la simple naturaleza de la pretensión principal explica la verosimilitud del derecho, la necesidad de la medida y el peligro en la demora. Sobre la razonabilidad de la medida no se pronuncia. Sobre la contracautela, la admite en forma de caución juratoria sin sustentarla.**

5.42.- EXP. N° 04636-2011-55, seguido por JONATHAN CHRISTOFER SALINAS BAZAN Y OTROS, contra DOMAR RAMON COICO MORALES Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante solicitud cautelar don Jorge Isaac Salinas Bazán, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre nulidad de acto jurídico, interpuesta contra contra Domar Ramón Coico Morales y otros, tal como se aprecia del contenido de la resolución número uno.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha treinta y uno de enero del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución; ello después de un frágil análisis, pues para el órgano jurisdiccional **la simple naturaleza de la pretensión principal explica la verosimilitud del derecho, la necesidad de la medida y el peligro en la demora. Sobre la razonabilidad de la medida no se pronuncia. Sobre la contracautela, la admite en forma de caución juratoria sin sustentarla.**

5.43.- EXP. N° 01006-2012-99, seguido por ANA MARLENI GUERRERO HUAMAN, contra CLARA MARGARITA DIAZ SUAREZ VDA DE MARTINEZ Y OTROS, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha treinta y uno de mayo del dos mil doce, Ana Marleni Guerrero Huamán, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre otorgamiento de escritura pública, interpuesta contra Clara Margarita Díaz Suarez Vda De Martínez y otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; sobre el peligro en la demora; señala el peligro en la demora: evitar la buena fe registral de terceros adquirentes, pero **omite pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida**. Respecto de la **contracautela, solo se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha seis de julio del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución; ello después de un frágil análisis, pues para el órgano jurisdiccional **la simple naturaleza de la pretensión principal explica la verosimilitud del derecho, la necesidad de la medida y el peligro en la demora**. Sobre **la razonabilidad de la medida no se pronuncia**. Sobre la **contracautela, la admite en forma de caución juratoria sin sustentarla**.

5.44.- EXP. N° 00893-2012-97, seguido por LUZ ANGELICA IRENE GUERRERO, contra REPRESENTACIONES E INMOBILIARIA NOR ORIENTAL S.A.C. Y OTRO, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veinte de julio del dos mil doce, Luz Angélica Irene Guerrero, solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre ineficacia de acto jurídico y otros, interpuesta contra Representaciones e Inmobiliaria Nor Oriental S.A.C. y otro, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante fundamenta la verosimilitud de su derecho conforme lo indica; sobre el peligro en la demora; señala, en suma, el peligro en la demora: evitar la buena fe registral de terceros adquirentes, pero **omite pronunciarse sobre la razonabilidad de la medida**. Respecto de la **contracautela** (en escrito posterior), **solo se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas.

La solicitud cautelar fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha veinte de setiembre del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución; ello después de un frágil análisis, pues para el órgano jurisdiccional **la simple naturaleza de la pretensión principal explica la verosimilitud del derecho, la necesidad de la medida y el peligro en la demora**. Sobre **la razonabilidad de la medida no se pronuncia**. Sobre la **contracautela, la admite en forma de caución juratoria sin sustentarla**.

5.45.- EXP. N° 00105-2011-41, seguido por JOSE CHAPOÑAN MARCELO, contra la MUNICIPLIDAD DISTRITAL DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, sobre MEDIDA TEMPORAL SOBRE EL FONDO.

Mediante escrito de fecha diez de octubre del dos mil doce, el demandante, solicita Medida Temporal sobre el Fondo con la finalidad de que la demandada lo

reincorpore a su centro de trabajo, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Se fundamenta la solicitud cumpliendo con algunos de los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es cumple con exponer los fundamentos de la verosimilitud del derecho (**aunque no en el grado que se requiere en estos casos, pues se necesita no una simple verosimilitud sino una alta probabilidad de que ese derecho será amparado**), indica el peligro a eliminar, **no ofrece contracautela, pasa por alto a la razonabilidad de la medida**. Sobre los presupuestos especiales exigidos por el tipo de medida solicitada, se tiene que no fundamenta debidamente **la necesidad impostergable**; respecto de la **reversibilidad de los efectos de la decisión** y la **no afectación del interés público**, no vierte argumentos, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera requerido el cumplimiento de las omisiones advertidas, por ser imprescindibles para su concesión.

Examinamos que los fundamentos expuestos por la demandante no resultan firmes, pues la prueba aportada no es contundente por insuficiente, por lo que el derecho del demandante no resulta claro y se tendría que esperar hasta las resultados del proceso principal.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha nueve de noviembre del dos mil doce, que en su parte resolutive rechaza la solicitud cautelar, ello después de analizar, entre otros, que no se encuentra acreditado la verosimilitud del derecho al no existir medios de prueba que corroboren lo expuesto por el solicitante.

5.46.- EXP. N° 00225-2011-93, seguido por JOSE ALBERTO RIVAS SUCLUPE, contra la POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ, sobre MEDIDA INNOVATIVA.

Mediante escrito de fecha mayo del dos mil doce, el demandante, solicita Medida innovativa con la finalidad de que se disponga de manera provisional e inmediata la ejecución de los efectos de los actos administrativos contenidos en las resoluciones aprobatorias fictas que indica, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Se fundamenta la solicitud cumpliendo con algunos de los requisitos generales establecidos en el artículo 610° del CPC, esto es cumple con exponer los fundamentos de la verosimilitud del derecho, **indica el peligro a eliminar, explica la razonabilidad y la excepcionalidad de la medida, aunque no de manera convincente, ofrece como contracautela una caución juratoria sin precisar el monto.** Sobre los presupuestos especiales exigidos por el tipo de medida solicitada, se tiene que no fundamenta debidamente **la inminencia de un perjuicio irreparable**, por lo que la solicitud cautelar debería desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera requerido el cumplimiento de las omisiones advertidas, por ser imprescindibles para su concesión.

Examinamos de los fundamentos expuestos que los efectos de lo solicitado por el recurrente se condicen con una medida temporal sobre el fondo (pues lo solicitado cautelarmente es exactamente igual a lo pretendido en el principal) mas no con una medida innovativa, pues esta tiene por finalidad reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda, siendo que el proceso principal no tiene como objeto reponer un derecho alterado sino uno no reconocido. Además los argumentos expuestos por la solicitante no resultan firmes, pues la prueba aportada es insuficiente, por lo que el derecho del

demandante no resulta claro y se tendría que esperar hasta los resultados del proceso principal.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha tres de setiembre del dos mil doce, que en su parte resolutive declara improcedente la solicitud cautelar, ello después de analizar, entre otros, que no se encuentra acreditado la verosimilitud del derecho al no existir medios de prueba que corroboren lo expuesto por el solicitante, correspondiendo en todo caso a un pronunciamiento de fondo determinar el valor probatorio.

5.47.- EXP. N° 00089-2011-18, seguido por MOISES NEPTALI CABANILLAS HERNANDEZ, contra la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE JOSÉ LEONARDO ORTIZ, sobre EJECUCIÓN ANTICIPADA DE SENTENCIA.

Mediante escrito de fecha trece de noviembre del dos mil doce, el demandante, solicita cautelarmente ejecución anticipada de sentencia, por haber obtenido sentencia favorable en primera instancia la que declara nula la resolución ficta que indica y ordena que la demandada cumpla con reconocer los incrementos de pactos colectivos, entre otros, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Se fundamenta la solicitud evocando los artículos 615° (caso especial de procedencia) y 629° (medida cautelar genérica) del CPC, por lo que no fundamenta los requisitos establecidos en el artículo 610° del CPC. Apreciamos de la solicitud que el recurrente busca gozar de los efectos de la sentencia, lo que es propio de una medida temporal sobre el fondo, por lo que debió cumplir con sustentar los presupuestos especiales exigidos por este tipo de medida como es **la inminencia de un perjuicio irreparable, la reversibilidad de los efectos y la no afectación del interés público**, por lo que la solicitud cautelar debería

desestimarse tan solo con verificar lo expuesto, o por lo menos se hubiera requerido el cumplimiento de las omisión advertida, por ser imprescindible para su concesión.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha siete de marzo del dos mil trece, que en su parte resolutive declara fundada en parte la solicitud cautelar, ello en base a lo expuesto por el recurrente, esto es solo por el hecho de haberse amparado la demanda. Posteriormente, mediante resolución tres se declara improcedente la oposición formulada, la cual fue apelada por la afectada, obteniendo como respuesta la revocación de la resolución tres y reformándola declaran fundada la oposición, en base a que el a quo debió verificar el derecho implicado en el proceso de fondo, la complejidad del asunto y su posibilidad de ser atendido por el órgano jurisdiccional, pues advierte el superior que la demanda se declaró fundada sin analizar exhaustivamente la viabilidad de la pretensión y menospreciando los criterios adoptados por la jurisprudencia. Además advierte que por ser la demandada un gobierno local no corre peligro el pago de las acreencias del solicitante. Cabe agregar que hasta la fecha el solicitante no devuelve los incrementos percibidos en virtud de la medida que le fue concedida en su oportunidad.

5.48.- EXP. N° 03602-2012-1, seguido por VÍCTOR FRANCO ORREGO ESPINOZA Y OTRA, contra CESAR AUGUSTO ORREGO LEON, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha dos de mayo del dos mil doce, Víctor Franco Orrego Espinoza y otra, solicitan vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda de nulidad de acto jurídico y otro, interpuesta contra Cesar Augusto Orrego León, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan **la verosimilitud** de su derecho conforme lo indican. Sobre el **peligro en la demora** cabe precisar que el tipo de medida solicitada busca publicitar el derecho en discusión a efectos de aplicar principios registrales cuando corresponda, sin embargo se precisa que se busca evitar la transferencia del bien por el demandado; es decir, **se pretende evitar un peligro con una medida que no impide la transferencia del bien**, por lo que este requisito se debe tener por no cumplido, así como **la razonabilidad de la medida por no haber sido expuesto**. Respecto de la **contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En virtud del examen realizado la medida debió declararse improcedente, o por lo menos debió requerirse al demandante para que precise las omisiones advertidas y cumpla con precisar de manera adecuada el peligro en la demora.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha cuatro de junio del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida y ordena su ejecución, ello después de un **escueto análisis de la verosimilitud** del derecho invocado. **Respecto del peligro en la demora recoge lo indicado por el demandante**. Asimismo, al igual que el demandante **no sustenta de la contracautela**.

5.49.- EXP. N° 03602-2012-2, seguido por VICTOR FRANCO ORREGO ESPINOZA Y OTRA, contra CESAR AUGUSTO ORREGO LEON, sobre MEDIDA CAUTELAR DE NO INNOVAR.

Mediante escrito de fecha veinte de junio del dos mil doce, Víctor Franco Orrego Espinoza y otra, solicitan Medida Cautelar de No Innovar, consistente en la retención de posesión y explotación agrícola de un predio, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

Los solicitantes fundamentan la verosimilitud de su derecho conforme lo indican. Sobre el **peligro en la demora**, según se indica, se busca evitar la **posible transferencia de propiedad que haga el demandado**; sin embargo, cabe precisar que con el tipo de medida solicitada se busca que los demandantes sigan conservando la posesión y explotación del predio agrícola, situaciones que no están en discusión en el proceso principal (sobre nulidad de acto jurídico) en el que se discute la propiedad de dicho predio. En síntesis, se está buscando conservar una situación presentada al momento de la admisión de la demanda, por lo que **la medida solicitada es inadecuada**. Respecto de la **contracautela se ofrece caución juratoria sin fundamentar**. En lo que toca a los **requisitos especiales de la medida, no se hace mención alguna**. En virtud del examen realizado la medida debe declararse improcedente por inadecuada y por no cumplir con sustentar la excepcionalidad de la medida y la inminencia de un perjuicio irreparable.

Sin embargo, la solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número dos, de fecha veinticinco de junio del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida, ordenando lo solicitado. Ello después, según el a quo, de sustentar verosimilitud del derecho invocado. Respecto del **peligro en la demora** y la **inminencia de un perjuicio irreparable**, recoge lo indicado por el demandante al sustentar el primero de ellos.

Lo destacable es que mediante resolución número seis, de fecha nueve de mayo del dos mil ocho, tomando en consideración lo resuelto por el superior al resolver el recurso de apelación, se declara improcedente la medida solicitada.

5.50.- EXP. N° 1388-2012-60, seguido por CIESA Y COVILAR S.A., contra ROSA ESPERANZA FLORES SANTA Y OTRO, sobre ANOTACIÓN DE DEMANDA.

Mediante escrito de fecha veintidós de marzo del dos mil doce, Ciesa y Covilar S.A., solicita vía cautelar que se anote en los Registros Públicos la demanda sobre ineficacia de acto jurídico, interpuesta contra Rosa Esperanza Flores Santa y otro, tal como se aprecia del contenido del referido instrumento.

El solicitante **fundamenta la verosimilitud de su derecho en la admisión de su demanda**, lo que resulta inconsistente; señala el peligro en la demora: evitar la buena fe registral de terceros adquirentes. Respecto de la **contracautela, solo se ofrece caución juratoria**.

La solicitud expuesta fue resuelta mediante resolución número uno, de fecha veinte de abril del dos mil doce, que en su parte resolutive admite a trámite la medida, ordena su ejecución y **regula la contracautela** en forma de caución juratoria; ello después de un **inexistente análisis de los requisitos cautelares**, pues solo los menciona.

CONCLUSIONES

A continuación desarrollamos las conclusiones a las que hemos arribado luego de analizar diversas resoluciones cautelares, con sus respectivas solicitudes que les dieron origen, teniendo en cuenta lo estudiado durante el presente trabajo.

1. Respecto de la Hipótesis Principal e interpretando jurídicamente la contrastación que se ha realizado de la misma, podemos afirmar que en un 76% las resoluciones emitidas que resuelven solicitudes de medidas cautelares, no cumplen con la argumentación debida, pues se las ha dictado sin respetar los requisitos legales y constitucionales, la naturaleza y finalidad para lo cual han sido creadas. En efecto, las resoluciones estudiadas se han dictado con fundamentos legales genéricos sin detenerse a subsumir cada uno de los supuestos de hecho establecidos en las normas legales no teniendo en cuenta que las medidas cautelares son sobre todo afectaciones jurídicas que perjudican al demandado poniéndolo a este en estado de indefensión.
2. En lo que toca a la primera hipótesis secundaria e interpretando jurídicamente la contrastación que se ha realizado de la misma, podemos afirmar que en un 98% las resoluciones emitidas que resuelven solicitudes de medidas cautelares, no otorgan la debida importancia a la contracautela como garantía de un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de una medida cautelar, pues se admiten las mismas por el simple hecho de su ofrecimiento sin tener en cuenta su finalidad de garantía. La caución juratoria se admite sin el fundamento debido en cuanto a su proporcionalidad y eficacia.

3. En lo atinente a la segunda hipótesis secundaria e interpretando jurídicamente la contrastación que se ha realizado de la misma, podemos afirmar que en un 90% las solicitudes sobre medidas cautelares se han realizado sin ser entendidas en su verdadera dimensión, esto es su naturaleza, finalidad y alcances, por los abogados, pues se ha detectado que cuando las solicitan lo hacen sin argumentos suficientes, pues no explican rigurosamente cada uno de los presupuestos agotando sus fundamentos en las fórmulas legales existentes.
4. Con lo expuesto en nuestra primera conclusión del presente apartado podemos decir que hemos logrado cumplir con el objetivo general propuesto, pues se ha determinado que las medidas cautelares estudiadas, en su mayoría, se otorgan sin la debida motivación, sin respetar sus requisitos, naturaleza y finalidad, y en ese sentido se infiere que le restan eficiencia nuestro sistema judicial y por ende el derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva.
5. Con nuestro estudio se ha llegado a conocer que los jueces no ven o no toman en consideración que la contracautela es una garantía ante un eventual resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar la ejecución de una medida cautelar.
6. Con el presente trabajo se ha logrado plasmar la naturaleza, finalidad y alcances de las medidas cautelares reguladas en nuestro Código Procesal Civil, lo cual nos ha llevado a establecer el trámite y cognición que los abogados y jueces dan a las medidas cautelares.

RECOMENDACIONES

1. Con lo estudiado se acredita la necesidad de que los jueces realicen un diligente examen de los requisitos para la admisión de medidas cautelares, en términos que no debe ser suficiente que el solicitante agote la fundamentación de los presupuestos cautelares con solo indicar el *nomen iuris* de los mismos sino que realmente acredite su derecho a la medida solicitada.
2. Se concientice a los jueces y auxiliares jurisdiccionales que la naturaleza ontológica de las medidas cautelares no la encontramos en su finalidad ni en las discusiones que se hacen sobre esta. La naturaleza ontológica de las medidas cautelares la encontramos en su esencia. Una medida cautelar es ante todo una afectación jurídica forzada que se impone sobre bienes, derechos y/o intereses de sus titulares o propietarios, por ello estas se deben otorgar de manera restringida y sujetas a un debido proceso para que así éstas no sean arbitrarias. En este orden de ideas, los jueces tienen el deber de otorgar medidas cautelares sin incurrir en excesos, con las debidas garantías y, por supuesto, teniendo en cuenta la esencia de las medidas cautelares.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. **ALAYZA Y PAZ SOLDÁN**, Toribio. El procedimiento civil en el Perú. Tipografía Offset SESATOR. Lima, 1982.
2. **ALSINA**, Hugo. Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial. 2° Edición. Tomo V: Ejecución forzada y medidas precautorias. Ediar S. A. Editores. Buenos Aires, 1962.
3. **ALVARADO VELLOSO**, Adolfo. Las cautelas procesales. Editorial San Marcos. Lima, 2009.
4. **BARONA VILAR**, Silvia y otros. El Nuevo Proceso Civil. Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
5. **BENITES RAMÍREZ**, Junior. El derecho a la tutela cautelar en el derecho procesal civil y procesal constitucional. Ediciones Caballero Bustamante S.A.C. Lima, 2009.
6. **BUSTAMANTE ALARCON**, Reynaldo. Derechos fundamentales y proceso justo. ARA Editores. Lima, 2001.
7. **CABANELLAS DE TORRES**, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental (Edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas). Editorial Heliasta S.R.L. 13° Edición. Buenos Aires, 2002.
8. **CABELLO**, Carmen Julia. Divorcio y Jurisprudencia en el Perú". 2° Edición. Fondo Editorial de la PUCP. Lima, 1999.
9. **CALAMANDREI**, Piero. Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares. ARA Editores. Lima, 2005.
10. **CALDERÓN CUADRADO**, María Pía. Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil. Editorial Civitas S.A. Lima, 1992.
11. **CORNEJO CHÁVEZ**, Héctor. Derecho Familiar peruano. 10° Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 1999.
12. **COUTURE**, Eduardo. Vocabulario Jurídico. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1976.

13. **CHIOVENDA**, Giuseppe. Instituciones del Derecho Procesal Civil. Volumen II. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1940.
14. **De LAZZARI**, Eduardo Nestor. Medidas Cautelares. Librería Editora Platense S.R.L. La Plata, 1988.
15. **ESCOLA**, Héctor Jorge. El interés público como fundamento del Derecho Administrativo. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1999.
16. **FERNÁNDEZ**, Miguel Ángel. Derecho Procesal Civil III. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. S.A. Madrid, 1996.
17. **GARCÍA GARCÍA**, J. M. Derecho inmobiliario registral o hipotecario. Editorial Civitas S.A. Madrid, 1993.
18. **GARCÍA TOMA**, Víctor. Análisis sistemático de la Constitución peruana de 1993. Tomo II. Universidad de Lima. Fondo de Desarrollo Editorial. Lima, 1998.
19. **GONZÁLEZ PÉREZ**, Jesús. El derecho a la tutela jurisdiccional. 2º Edición. Editorial Civitas. Madrid, 1985.
20. **HERNANDEZ LOZANO**, Carlos A. Proceso cautelar. Ediciones Jurídicas. Lima – Perú, 2000.
21. **HERNANDEZ VALLE**, Rubén. Derechos Fundamentales y Jurisdicción Constitucional. Jurista Editores. Lima, 2006.
22. **HERRERA NAVARRO**, Santiago. Medidas cautelares en el proceso civil. 3º Edición. Marsol Ediciones E.I.R.L. Lima, 2009.
23. **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo II. Gaceta Jurídica. Lima, 2003.
24. **HINOSTROZA MINGUEZ**, Alberto. El embargo y otras medidas cautelares. 3º Edición actualizada. Editorial San Marcos. Lima, 2002.
25. **JOVÉ**, María Ángeles. Medidas Cautelares Innominadas en el Proceso Civil. J.M. Bosch Editor S.A. Barcelona – España, 1995.
26. **LEDESMA NARVAEZ**, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Tomo III. Gaceta Jurídica. Lima, julio de 2008.

27. **LEDESMA NARVÁEZ**, Marianella. Los nuevos procesos de ejecución y cautelar. Gaceta Jurídica S. A. Lima, 2008.
28. **LIEBMAN**, Enrico Tullio. Manual de Derecho Procesal Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América (EJEA). Buenos Aires, 1980.
29. **LINARES**, Juan Francisco. Razonabilidad de las Leyes, El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución. 2da edición actualizada. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1970.
30. **LUJÁN TUPEZ**, Manuel Estuardo. Teoría de la Argumentación. En Razonamiento Jurídico. Gaceta Jurídica. Lima, 2004.
31. **MARTEL CHANG**, Rolando. Tutela cautelar y medidas autosatisfactivas en el proceso civil. Palestra Editores. Lima 2003.
32. **MARTINEZ BOTOS**, Raúl. Medidas Cautelares. Editorial La Universidad. Buenos Aires, 1994.
33. **MONROY GALVEZ**, Juan. Introducción al Proceso Civil. Tomo I. Editorial Temis S.A. Santa Fe de Bogotá, 1996.
34. **MONROY GALVEZ**, Juan. Temas de proceso civil. Ediciones Studium. Lima, 1987.
35. **MONROY PALACIOS**, Juan José. Bases para la Formación de una Teoría Cautelar. Comunidad. Lima, 2002.
36. **MONROY PALACIOS**, Juan José. La tutela procesal de los derechos. Palestra Editores. Lima, 2004.
37. **MONTENEGRO CANNON**, Marcela. La cautela en el proceso civil peruano. Gráfica Horizonte S.A. Lima, 2000.
38. **MONTERO AROCA**, Juan y **FLORS MATÍES**, José. Amparo constitucional y proceso civil. Tirant lo blanch. Valencia, 2005.
39. **OBANDO BLANCO**, Víctor. Temas del Proceso Civil. Jurista Editores. Lima, 2003.

40. **ORTELLS RAMOS**, Manuel. El proceso cautelar, en derecho jurisdiccional. Bosch Editores. Barcelona, España, 1995.
41. **ORTELLS RAMOS**, Manuel. La tutela judicial cautelar en el derecho español. Editorial Comares S.L. Granada, 1996.
42. **PEDRO SAGÜÉS**, Néstor. Elementos de derecho constitucional. Tomo 2. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1993.
43. **PELÁEZ BARDALES, Mariano**, Alberto. Medidas cautelares en el proceso civil. Editora Jurídica Grijley E. I. R. L. Lima, 2008.
44. **PELÁEZ BARDALES**, Mariano. El proceso cautelar. 2° Edición. Editorial Grijley. Lima, 2004.
45. **PEYRANO**, Jorge. “Medida cautelar innovativa”. Ediciones Depalma. Buenos Aires, 1981.
46. **PRIORI POSADA**, Giovanni F. La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental. ARA editores. Lima, 2006.
47. **PRIORI POSADA**, Giovanni. Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo. Ara Editores.
48. **RAMIRO PODETTI**, J. Derecho Procesal Civil, Comercial y Laboral. Tomo IV: Tratado de las Medidas Cautelares. 2° Edición, actualizada por el Dr. Víctor A. Guerrero Leconte. Foiab Ediar S.A. Editora Comercial, Industrial y Financiera. Buenos Aires, 1955.
49. **RAMOS ROMEU**, Francisco. Las Medidas Cautelares Civiles: análisis jurídico económico. Editorial Atelier. Barcelona, 2006.
50. **REDENTI**, Enrico. Derecho Procesal Civil. EJEA. Buenos Aires, 1957.
51. **RIVAS**, Adolfo Armando. Las medidas cautelares en el derecho Peruano. Jurista Editores. Lima, 2005.
52. **RIVAS**, Adolfo. Las medidas cautelares en el proceso civil peruano. Editorial Rodas. Lima-Perú, 2000.

53. **ROCA MENDOZA**, Oreste Gherson. “Ineficacia de los actos del deudor por fraude a los acreedores”. Gaceta Jurídica S.A. Lima, junio del 2013.
54. **ROCCO**, Ugo. Tratado de Derecho Procesal Civil. Tomo V. Editorial Depalma. Buenos Aires, 1977.
55. **RUBIO CORREA**, Marcial. Estudio de la Constitución Política de 1993. Tomo V. Fondo Editorial PUCP. Lima, 1999.
56. **SILVA MUÑOZ**, Carlos Alfonso. Medidas Autosatisfactivas en el derecho procesal peruano. Editorial GPZ. Chiclayo, 2005.
57. **TARAMONA**, José Rubén. Procesos de ejecución y procesos cautelares. Teórico – Práctico. Editorial Huallaga. Lima, mayo 1996.
58. **TORRES ALTEZ**, Dante y **RIOJA BERMÚDEZ**, Alexander. El proceso único de ejecución. Mecanismos de ejecución y de defensa. Gaceta Jurídica S.A. Lima, 2014.
59. **VECINA CIFUENTES**, Javier. Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional. Colex. Madrid, 1993.

LIBROS ELECTRÓNICOS

1. **ARIANO DEHO**, Eugenia. Las medidas cautelares y los procesos de ejecución en la jurisprudencia 2009-2010. Estudio introductorio. Editorial Gaceta Jurídica. (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).
2. **GACETA JURÍDICA**. El Código Civil en su Jurisprudencia (Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Civil). Editorial Gaceta Jurídica. (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).

3. **GACETA JURÍDICA.** Estudios sobre las medidas cautelares en el proceso civil. Tutela cautelar, anticipatoria y urgente. Editorial Gaceta Jurídica (E-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 – 2014).
4. **GACETA JURÍDICA.** Manual del Código Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica (e-book publicado online en Gaceta Civil & Procesal Civil 2013 - 2014).

REVISTAS

1. Actualidad Jurídica. N° 188. Julio 2009. Gaceta Jurídica.
2. Diálogo con la Jurisprudencia. N° 10. Editorial Gaceta Jurídica. Julio 1999.
3. Dialogo con la Jurisprudencia. N° 134. Editorial Gaceta Jurídica. Noviembre 2009.
4. Gaceta Civil y Procesal Civil. Julio, 2013. Tomo N° 1.
5. Gaceta Civil y Procesal Civil. Noviembre, 2013. Tomo N° 5.
6. Gaceta Civil y Procesal Civil. Enero, 2014. Tomo N° 7.
7. Gaceta Civil y Procesal Civil. Febrero, 2014. Tomo N° 8.
8. Gaceta Civil y Procesal Civil. Marzo, 2014. Tomo N° 9.
9. Gaceta Civil y Procesal Civil. Abril, 2014. Tomo N° 10.
10. Gaceta Civil y Procesal Civil. Mayo, 2014. Tomo N° 11.
11. Ius et Praxis. Volumen 10. N° 4. 2004.
12. Jurídica (Suplemento de análisis legal de El Peruano) N° 376. Octubre, 2011.
13. Manual de actualización Civil y Procesal Civil. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, 2010.
14. Pensamiento Constitucional. Año VIII. N° 8. Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial. Lima, 2002.

15. Revista Peruana de Derecho Constitucional. Nº 1. Lima, 1999.

LINKOGRAFÍA

- 1.** OBANDO BLANCO, Víctor Roberto. Proceso Civil y el Derecho Fundamental a la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Artículo Jurídico disponible en: <http://luisernestolazom.blogspot.com/2011/11/tutela-jurisdiccional-efectiva.html>. Consultada vía web a las 04:49 horas del 06/06/13).
- 2.** Dictamen sobre el proyecto de Ley Nº 3079/2008-CR. Disponible en: <http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/CLProLey2006.nsf>.

JURISPRUDENCIA

- 1.** STC. EXP. Nº 200-2002. AA/TC.
- 2.** STC. EXP. Nº 045-2004-PI/TC.
- 3.** STC. EXP. Nº 2235-2004-AA/TC.
- 4.** STC. EXP. 0023-2005-PI/TC.
- 5.** STC. EXP. N.º 763-2005-PA/TC.
- 6.** STC. EXP. N.º 3789-2005-PHC/TC.
- 7.** STC. EXP. Nº 8123-2005-PHC/TC.
- 8.** STC. EXP. Nº 1569-2006-AA/TC.
- 9.** STC. EXPS. 6149-2006-PA/TC y 6662-2006-PA/TC.
- 10.** STC. EXP. Nº 1014-2007-PHC/TC.
- 11.** STC. EXP. Nº 01412-2007-PA/TC.
- 12.** STC. EXP. Nº 06065-2009-PHC/TC.
- 13.** STC. EXP. Nº 01592-2011-PA/TC.

- 14.**STC. EXP. N° 01981-2011-PA/TC.
- 15.**STC. EXP. N.° 03891-2011-PA/TC.
- 16.**CAS N° 676-96-CALLAO.
- 17.**CAS. N° 2182-2006-SANTA.
- 18.**CAS. N° 407-2012-LIMA.

ANEXOS